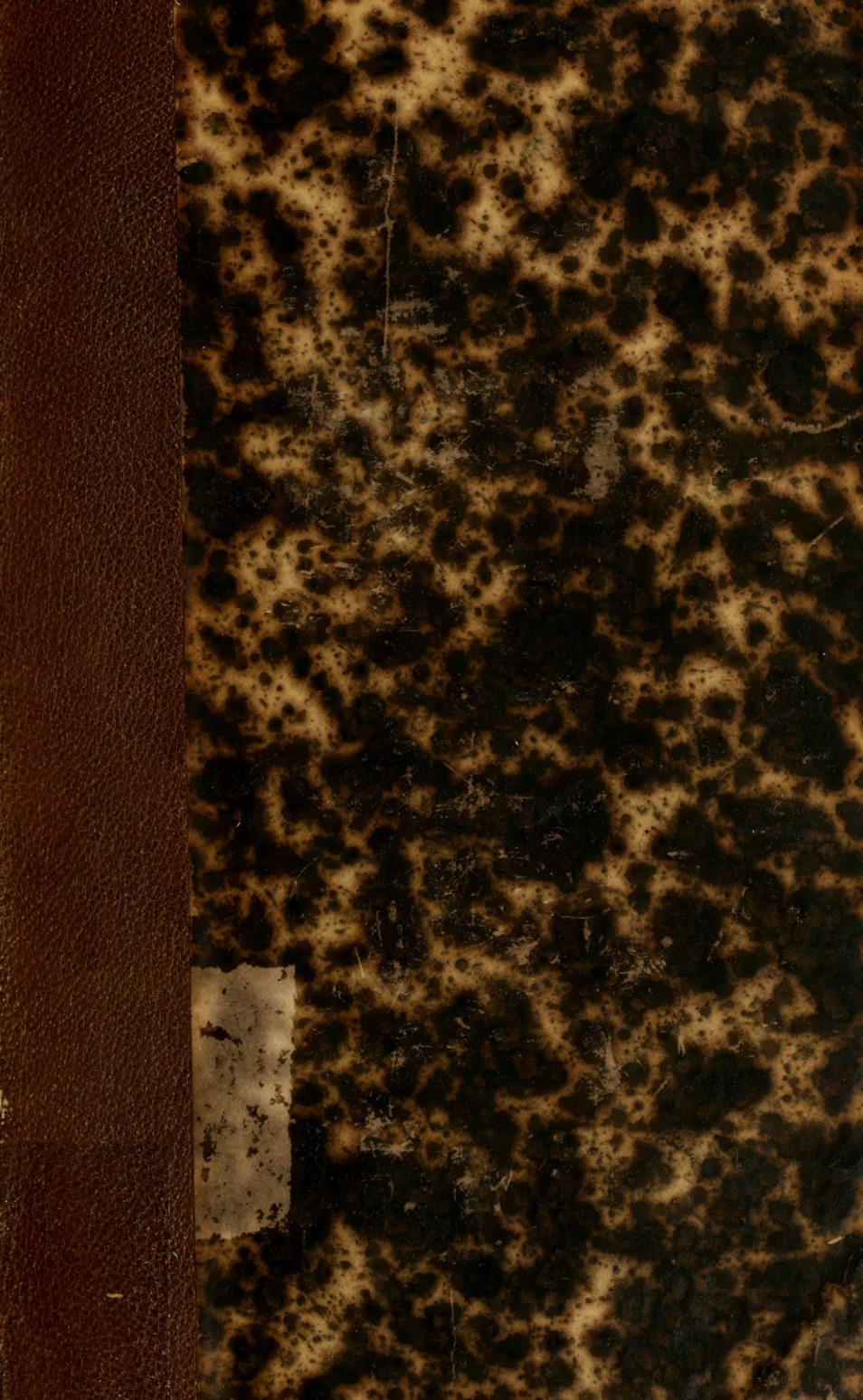

Ex Libris

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada

Gracieusement offert par

Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.

Le 15 janvier 1953.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis

COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XII

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus 9, à Paris

KJV
4144
.21804
.A7
D454
1860
v.12

TRAITÉ

DES SERVITUDES

OU SERVICES FONCIERS

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR

QUATRIÈME ÉDITION

TOME DEUXIÈME

PARIS

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 77

1868

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/coursdecodenapol12demo

57116

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéro.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de M. Duranton, à l'édition de 1844; de Pardessus, à l'édition de 1838 (2 volumes des Servitudes).

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon*, est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

La table analytique et alphabétique du *Traité des Servitudes* se trouve à la fin du tome deuxième, qui forme le second et dernier volume.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE DEUXIÈME.

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

CHAPITRE II (SUITE).

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

SECTION III.

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DU VOISIN.

SOMMAIRE.

527. — Exposition.
528. — De la distinction qu'il faut faire, soit entre les jours et les vues, soit entre les différentes espèces de vues.
529. — Division.
530. — A. Du cas où le mur, dans lequel on pratique des ouvertures, est placé sur la ligne séparative des deux héritages. — *Quid*, si ce mur est mitoyen?
531. — Suite.
532. — *Quid*, si le mur placé sur la ligne séparative des héritages est non mitoyen?
533. — Suite. — Il faut d'abord que ces ouvertures soient *à fer maillé et à verre dormant*.

533 *bis*. — *Quid*, si les ouvertures étaient seulement fermées avec des châssis mobiles?

534. — Suite. — Il faut, en second lieu, que les ouvertures soient pratiquées à une certaine hauteur. — *Quid*, si les héritages contigus ne sont pas de niveau?

534 *bis*. — Suite. — *Quid*, en ce qui concerne les soupiraux des caves?

535. — *Quid*, si l'ouverture est destinée à éclairer un escalier?

536. — La distance exigée par l'article 677 doit se mesurer à partir du sol du rez-de-chaussée ou du plancher des étages supérieurs jusqu'au-dessus des appuis des ouvertures.

537. — Le maître du mur est libre de donner aux ouvertures qu'il y pratique, telles dimensions en hauteur et en largeur que bon lui semble.

538. — Si le propriétaire d'un mur non mitoyen avait souffert que le voisin y adossât son bâtiment, pourrait-il encore y pratiquer des ouvertures?

539. — Le copropriétaire d'un mur mitoyen peut pratiquer des jours dans la partie du mur qu'il a exhaussée seul et à ses frais?

540. — Le voisin qui ne peut pas s'opposer à ce que le maître du mur y pratique des jours conformément aux articles 676 et 677, peut-il néanmoins, de son côté, planter ou bâtir de manière à obstruer ces jours?

541. — Suite. — Peut-il les faire boucher, après avoir acheté la mitoyenneté du mur?

542. — Suite.

542 *bis*. — Les articles 676 et 677 seraient-ils applicables au cas où le propriétaire ferait garnir les ouvertures pratiquées dans son mur, de verres dépolis, qui ne permettraient pas de voir dans le fonds voisin?

543. — B. Du cas où le mur, n'étant point placé sur la ligne séparative des deux héritages, ne se trouve pourtant point à la distance requise par les articles 678 et 679, pour qu'il soit permis d'y pratiquer des vues droites ou obliques.

544. — C. Du cas où le maître du mur peut avoir le droit d'y pratiquer des vues proprement dites, des fenêtres d'aspect, droites ou obliques. — Division.

545. — 1° Que faut-il entendre par ces mots : vues droites et vues obliques?

546. — Faut-il, pour qu'il y ait vue oblique, que le fonds sur lequel on prétend que la vue s'exerce, fasse saillie en retour d'équerre sur la façade du mur ou de la maison où la fenêtre est pratiquée? — Ou peut-il y avoir vue oblique, lorsque les deux fonds sont situés sur le même alignement?

547. — Doit-on considérer comme vue droite, celle qui s'exerce sur le fonds voisin, du côté d'un balcon ou d'une saillie, lorsque la fenêtre ou la porte qui donne sur le balcon, n'est elle-même qu'une vue oblique?

548. — Doit-on considérer comme vue oblique, dans le cas où les deux fonds sont placés sur le même alignement, la vue que l'un des proprié-

taires pourrait exercer sur le fonds de l'autre, au moyen d'un balcon ou d'une saillie quelconque?

549. — *Quid*, si le mur dans lequel on veut pratiquer des fenêtres, forme un angle aigu avec la ligne de séparation des deux héritages?

550. — *Quid*, s'il forme avec cette ligne un angle obtus?

551. — De la hauteur et de la largeur des fenêtres, au moyen desquelles s'exercent les vues droites ou obliques.

551 *bis*. — Les articles 678 et 679 sont-ils applicables aux portes ou ouvertures d'accès?

552. — 2° De quelle manière se calcule la distance prescrite par les articles 678 et 679 pour les vues droites ou obliques?

553. — Que signifient ces mots : *balcons ou autres semblables saillies?*

554. — Suite.

555. — Comment doit être déterminée la ligne séparative des héritages considérée comme l'autre point extrême de la distance?

556. — Suite. — Du cas où les deux fonds sont séparés par une clôture intermédiaire.

557. — Suite. — Du cas où la clôture intermédiaire est mitoyenne.

558. — Suite. — *Quid*, si le mur séparatif n'était pas mitoyen, lorsque les vues ont été établies, et si le voisin en achète ensuite la mitoyenneté?

559. — Suite.

560. — 3° Dans quels cas les articles 678, 679 sont-ils applicables? — Faut-il distinguer entre les héritages clos ou non clos, entre les villes et les campagnes?

561. — Suite. — Faut-il distinguer entre les lieux où la clôture est forcée et ceux où l'on ne peut pas être contraint de se clore? — Par exemple, le propriétaire d'un parc contigu à un pré ou à une terre labourable, est-il soumis à l'application des articles 678, 679?

562. — Les vues, dont le Code s'occupe, ne sont-elles que celles qui éclairent des appartements? — *Quid*, des vues pratiquées dans de simples murs de séparation ou de clôture?

563. — Les articles 678, 679, sont-ils applicables entre deux fonds qui sont séparés par un espace intermédiaire? — Exposition.

564. — A. Du cas où l'espace intermédiaire appartient à un tiers.

565. — B. Du cas où c'est un terrain commun aux deux voisins.

566. — C. Du cas où c'est une voie publique.

567. — Suite. — *Quid*, en ce qui concerne les vues droites ou obliques, que l'on peut se procurer sur le fonds du voisin, au moyen de balcons ou autres avancements établis en saillie sur la voie publique, avec la permission de l'autorité municipale?

568. — *Quid*, s'il existe, entre les vues droites ou obliques et l'héritage voisin, un mur qui dépasse la hauteur où ces vues sont ouvertes?

569. — Suite.

570. — *Quid*, si les vues ne donnent que sur le toit du bâtiment voisin?

571. — *Quid*, si les vues étant pratiquées dans le toit lui-même, ne regardent que le ciel?

572. — De la nature et de la forme des différents ouvrages à l'aide des-

quels la vue peut s'exercer, relativement à la question de savoir s'ils rentrent dans la classe de ceux que la loi soumet à l'observation des distances.
573. — Suite.
574. — Suite.
575. — Suite. — Du cas où les deux héritages limitrophes sont de hauteur inégale.
576. — Suite.
577. — 4° Le voisin peut avoir perdu le droit d'invoquer l'application des articles 678, 679; et cette servitude peut résulter d'un titre, de la destination du père de famille, ou de la prescription.
578. — A. Du cas où la servitude de jour, de vue ou de prospect, est établie par un titre.
579. — B. Du cas où cette servitude résulte de la destination du père de famille.
580. — C. Du cas où c'est par prescription que la servitude de jour ou de vue a été établie.
581. — Suite.
582. — Suite. — Observation générale.
583. — *Quid*, si un propriétaire ayant ouvert des vues à la distance prescrite par les articles 678 et 679, le voisin acquérait ensuite la propriété de la distance intermédiaire entre les vues et la ligne originairement séparative des deux héritages?

527. — La vue, qui s'exerce d'un terrrain nu sur les héritages limitrophes, est tout à fait libre sans doute; mais, dans ce cas du moins, on ne peut pas voir sans être vu ; et puis, comme on n'est pas toujours dehors et qu'on ne peut pas rester exposé aux intempéries de l'air, cette vue est nécessairement discontinue et plus ou moins intermittente.

Mais il en est autrement, lorsque la vue s'exerce par des ouvertures pratiquées dans un mur ; il n'y a pas alors de réciprocité; les personnes cachées par le mur peuvent voir furtivement dans les héritages voisins, sans être elles-mêmes aperçues ; et, en outre, si ce mur soutient un bâtiment, la vue devient, en quelque sorte, permanente, puisqu'elle peut être constamment exercée par les personnes qui l'habitent.

Ces considérations nous paraissent répondre à l'objection que l'on a déduite de ce que le maître du mur, qui aurait pu ne pas le construire et qui pourrait toujours

l'abattre, semblerait devoir aussi conserver le droit de le transpercer et d'y ouvrir telles vues qu'il jugerait convenables ; d'autant plus, a-t-on dit, qu'au lieu d'étendre ainsi la vue naturelle qu'il avait sur le voisin, il l'a, au contraire, limitée en la bornant à certains points (comp. Toullier, t. II, n° 519, note 1).

Mais le législateur a justement compris que les vues ainsi pratiquées prenaient un caractère d'aggravation considérable et qu'elles pouvaient devenir fort gênantes pour les héritages contigus ; aussi, dans l'intérêt commun des propriétaires, non moins que dans l'intérêt général de la société, afin de prévenir, comme disait Coquille, *les animosités et les fâcheries, que la liberté d'ouvrir des vues de telle façon qu'il leur plairait, pourrait occasionner entre les voisins* (quest. 277), il est intervenu pour réglementer aussi, sous ce rapport, l'exercice du droit de propriété. La plupart des coutumes l'avaient déjà fait ainsi autrefois, et particulièrement la coutume de Paris (art. 200, 202), que Coquille (*loc. cit.*) n'hésitait pas à déclarer *plus civile et plus politique* que sa coutume natale du Nivernais, dont l'article 9 (*des Maisons et Servit. réelles*) permettait à chacun d'ouvrir dans son mur telles vues que bon lui semblerait.

328. — Il faut distinguer, dans cette matière, les simples jours d'avec les vues proprement dites.

Les jours, *jus luminum*, sont des ouvertures destinées seulement à éclairer un appartement, mais qui n'ont pas pour but de procurer le moyen de *voir* au dehors ; elles donnent passage à la lumière, à la clarté du ciel, au *jour* enfin, mais non point à la vue, ni même à l'air extérieur.

Les vues, au contraire, les jours d'*aspect, ne luminibus officiatur*, sont des ouvertures ou *fenêtres*, pratiquées de manière à laisser entrer l'air du dehors, et à permettre d'avoir, comme disait la coutume d'Orléans (art. 229), *un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui.*

Cette distinction est très-ancienne, et elle est puisée dans la nature même des choses ; il faut remarquer pourtant que notre Code ne l'a pas très-exactement formulée ; car la section III de notre chapitre comprend sous cette rubrique : *des Vues sur la propriété du voisin*, les simples jours et les vues ; et même les articles 676 et 677 semblent employer indifféremment, comme synonymes, les mots *jours ou fenêtres.... fenêtres ou jours*. Mais ce n'est là tout au plus qu'une confusion dans les termes, confusion que l'on rencontre d'ailleurs assez souvent dans l'usage et dans le style même des conventions. Quant au fond, les articles de notre section établissent eux-mêmes très-nettement la différence entre les deux espèces d'ouvertures, que la doctrine a toujours appelées des noms différents de *jour* et de *vue* (comp. L. 16, ff. *de servit. præd. urban.*; Cœpolla, *Tract. de servit. urban. præd.*, cap. XXXIII-XXXVI ; Domat, *Lois civ.*, liv. I, titre XII, sect. II, n° 4).

Les vues elles-mêmes se subdivisent en deux espèces : les vues ou fenêtres droites, et les vues ou fenêtres obliques.

On appelle vues droites ou fenêtres d'aspect, celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages ; vues obliques ou de côté, celles qui se trouvent dans un mur perpendiculaire à cette ligne et formant un angle droit ou à peu près avec elle.

C'est d'après ces différentes distinctions que notre Code a réglé, comme nous allons l'exposer, l'exercice du droit d'ouvrir des jours ou des vues sur les héritages voisins (*infra*, n° 545).

529. — Il convient, pour se bien rendre compte des dispositions de notre Code sur ce sujet, de distinguer trois sortes de murs :

A. Les murs, qui sont placés sur la ligne séparative des deux héritages ;

B. Ceux qui, sans être placés sur la ligne sépara-

tive, ne se trouvent pas à la distance de l'héritage voisin, requise par les articles 678 et 679, pour qu'il soit permis d'y avoir des vues droites ou obliques ;

C. Les murs enfin, qui sont placés à la distance requise par ces articles.

530. — A. Lorsque le mur est placé sur la ligne séparative des deux fonds, il faut distinguer s'il est mitoyen ou s'il appartient, au contraire, exclusivement, à celui qui veut y pratiquer des ouvertures.

Dans le premier cas, nous savons déjà qu'aux termes de l'article 675 :

« L'un des voisins ne peut, sans le consentement « de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune « fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce « soit, même à verre dormant. »

La prohibition est donc ici absolue ; et il en résulte :

1° Que la nécessité du consentement de la part du voisin est alors de rigueur, et qu'il ne pourrait pas y être suppléé, comme dans les cas prévus par l'article 662, par les moyens que cet article indique ;

2° Qu'elle s'applique partout et dans tous les cas, non-seulement à la ville, et lorsque le copropriétaire du mur mitoyen a, de son côté, un appartement, une cour ou un jardin, mais aussi à la campagne, et lors même qu'il n'y aurait de l'autre côté que des terrains vagues et la rase campagne (comp. Pardessus, t. I, n° 209; Taulier, t. II, p. 410, 411).

C'est qu'en effet le texte absolu de notre article 675 n'est pas seulement fondé sur ce motif, que le copropriétaire d'une chose commune n'y peut pas faire d'innovation sans le consentement des autres, d'après la maxime : *In pari causa melior est causa prohibentis ;* car nous savons que précisément cette maxime ne s'applique pas, au moins dans toute son étendue ordinaire, aux copropriétaires d'un mur mitoyen ; le motif de l'article 675 n'est pas non plus déduit de la gêne et

de l'incommodité qui résulteraient, pour l'un des copropriétaires du mur mitoyen, des ouvertures que l'autre y pratiquerait; car ces ouvertures peuvent être pratiquées par le propriétaire dans le mur qui lui appartient exclusivement; la vraie raison de cette défense absolue, décrétée par l'article 675, c'est que telle n'est pas la destination naturelle et ordinaire du mur mitoyen (*supra*, n° 414); or, cette raison-là est absolue, et se présente partout avec la même force. Ajoutons que le droit, pour l'un des propriétaires, de percer le mur d'outre en outre, ne serait pas conciliable avec le droit qui appartient à l'autre, de choisir précisément le même endroit où l'ouverture serait faite, pour y appuyer ou adosser quelque ouvrage.

531. — Mais le copropriétaire du mur mitoyen pourrait, bien entendu, consentir à ce que son copropriétaire ouvrît des jours ou même des fenêtres dans le mur commun; et il est clair qu'il grèverait ainsi son héritage d'une véritable servitude, puisqu'il le placerait en dehors du droit commun, et dans un état d'infériorité et d'asservissement vis à-vis de l'héritage voisin.

Cette servitude de jour étant continue et apparente, pourrait certainement aussi être acquise par prescription (art. 690).

Mais pourrait-elle résulter de la destination du père de famille? Question délicate que nous avons déjà examinée (*supra*, n° 371).

532. — L'hypothèse où le mur, placé sur la ligne séparative des héritages, appartient néanmoins exclusivement à l'un des voisins, est réglée par les articles 676 et 677 en ces termes :

Article 676 : « Le propriétaire d'un mur non mitoyen « joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pra- « tiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et « verre dormant.

« Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer,

« dont les mailles auront un décimètre (environ trois « pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châs- « sis à verre dormant. »

Article 677 : « Ces fenêtres ou jours ne peuvent être « établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-des- « sus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclai- « rer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres « (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages su- « périeurs. »

Voilà bien les simples jours, *jus luminum*.

D'une part, on n'aurait pas pu, sans beaucoup d'inconvénients, interdire absolument à un propriétaire de pratiquer aucune ouverture dans le mur qui lui appartient exclusivement, et lui enlever ainsi le moyen, souvent très-utile, d'en tirer du jour afin d'éclairer un appartement ou un escalier.

D'autre part, il ne fallait pas non plus que ces ouvertures donnant immédiatement sur le fonds du voisin, pussent compromettre sa sûreté ou sa tranquillité ; et il importait de veiller à ce que ces ouvertures ne pussent pas permettre, soit de s'introduire chez lui, soit de jeter dans sa propriété des résidus ou immondices quelconques, soit enfin d'y exercer des vues curieuses et indiscrètes.

Il s'agissait de faire ici la part de chacune de ces considérations et de concilier, dans une juste mesure, les intérêts des deux voisins ; et telle est, en effet, le but que se proposent nos articles 676 et 677.

553. — Deux conditions sont requises :

D'abord, il faut que les ouvertures, que le maître exclusif du mur y pratique, soient à fer maillé et à verre dormant (art. 676) ;

A fer maillé, c'est-à-dire qu'elles doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles aient au plus un décimètre environ (environ trois pouces huit lignes) ;

A verre dormant, c'est-à-dire que le châssis dans le-

quel le verre est placé, doit être arrêté à perpétuelle demeure dans le mur, de manière à ne pouvoir pas s'ouvrir.... *scellé en plâtre ou chaux*, disaient les coutumes de Paris (art. 201), et d'Orléans (art. 230).

Il ne suffirait donc pas de placer, dans les ouvertures, des châssis battants simplement cloués; car les clous pourraient être enlevés à l'intérieur, ou même cesser, par la seule action du temps, de retenir suffisamment le châssis (comp. Caen, trib. civil, 25 mars 1840, Le Gallier, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 105; Desgodets, sur l'article 201 de la cout. de Paris).

553 *bis*. — L'existence de *châssis mobiles* à des jours présentant d'ailleurs toutes les autres conditions prescrites par les articles 676, 677, suffirait-elle pour leur donner le caractère de vues droites, susceptibles d'être acquises par prescription et pouvant faire obstacle au droit du propriétaire voisin d'acquérir la mitoyenneté du mur dans lequel ces jours sont pratiqués ?

Cette question a été résolue négativement par le tribunal civil de la Seine :

« Attendu que si les jours, dont il s'agit au débat, ne réunissent pas toutes les questions ordinaires des jours de souffrance, il est constant qu'ils présentent cette seule différence que, au lieu d'être à verre dormant, ils sont établis sur châssis mobiles ouvrant intérieurement; qu'ils n'offrent donc pas, à la hauteur où ils sont pratiqués, des fenêtres d'aspect, mais de simples moyens d'aération;

« Attendu qu'une pareille modification, quelque précieuse qu'elle puisse être pour celui à qui elle profite, n'est pas tellement apparente qu'elle ait dû nécessairement frapper les yeux du voisin et qu'elle puisse être considérée dès lors comme une entreprise sur sa propriété.... » (22 avril 1857, Bressu, *Gazette des Tribunaux* du 11 juin 1857.)

Cette décision nous paraît bien rendue, surtout en raison de cette circonstance que le jugement constate, à sa-

voir : que le voisin avait pu ignorer que le châssis était mobile et que dès lors la servitude, que l'on prétendait avoir acquise contre lui par prescription, n'était pas apparente (voy. aussi Pau, 20 nov. 1865, Gassané, Dev., 1866, II, 284).

534. — Il faut, en second lieu, que ces jours soient établis à une hauteur telle qu'ils ne puissent pas procurer des vues faciles et indiscrètes sur le voisin, c'est-à-dire à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs.

Cette condition peut donner lieu, dans certains cas, à quelques difficultés d'application.

Ainsi, d'abord, il arrive quelquefois que les terres des deux héritages contigus ne sont pas de niveau. Faut-il alors que les huit pieds de hauteur au rez-de-chaussée se trouvent également de chaque côté au-dessous des ouvertures ? Supposez, par exemple, que le rez-de-chaussée de l'héritage sur lequel le mur est bâti, soit à six pieds au-dessous du rez-de-chaussée de l'héritage voisin; le maître du mur pourra-t-il y pratiquer des jours à la hauteur de huit pieds, calculée à partir du rez-de-chaussée de son propre sol ?

La négative paraît avoir été enseignée autrefois (comp. Desgodets et Goupy, sur l'article 200 de la cout. de Paris ; Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 3, n° 3) ; et elle a encore été soutenue sous l'empire de notre Code (Toullier, t. II, n° 526).

Nous croyons toutefois qu'il est plus conforme aux textes nouveaux et au but que la loi se propose, de décider qu'il suffit que la hauteur exigée par la loi existe du côté de celui qui veut ouvrir des jours, lors même qu'elle ne se trouverait pas du côté du voisin. Notre article 677 est, en effet, très-précis à cet égard ; il n'exige la hauteur de huit pieds qu'*au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer ;* et il semble, en effet,

que le voisin est alors suffisamment garanti, quoique les ouvertures n'aient pas, de son côté, la hauteur fixée par l'article 677 ; car cette hauteur n'étant requise que pour empêcher le maître du mur de voir indiscrètement chez lui, il suffit, pour remplir ce but, qu'elle existe de son côté (comp. Delvincourt, t. I, p. 163, note 1 ; Pardessus, t. I, n° 210 ; Duvergier, sur Toullier, t. II, n° 526, note 1 ; Taulier, t. II, p. 411).

534 *bis*. — Cette solution peut nous être de quelque secours pour décider encore une autre difficulté du même genre, à savoir : si l'article 667 s'oppose à ce que le maître du mur y pratique les soupiraux de ses caves à une hauteur moindre que celle fixée par l'article 677 ?

Si la voûte de la cave avait assez d'élévation pour que l'ouverture du soupirail se trouvât à huit pieds au-dessus du sol même de la cave, il résulte de ce que nous venons de dire (*supra*, n° 534), que le voisin ne pourrait pas se plaindre, lors même qu'il n'y aurait pas au dessus de son propre sol une égale hauteur.

Mais il n'est pas toujours possible de donner aux voûtes des caves assez d'élévation, pour que les soupiraux, qui s'ouvrent sur le fonds voisin, soient établis à la hauteur prescrite par l'article 677 ; et alors, on ne saurait nier que notre article paraît bien s'opposer à ces ouvertures. Pourtant, la gêne très-grande qui résulterait de cette interdiction pour les propriétaires de caves, et le défaut absolu d'interêt, le plus souvent, de la part du voisin, à réclamer contre ces sortes d'ouvertures, contre *ces vues de terre*, comme on les appelle (Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 1), ces motifs ont, pour ainsi dire, fait introduire, dans la pratique, une sorte de modification ou plutôt d'interprétation restrictive, sous ce rapport, de notre article 677 ; et la vérité est que cet article, dans les limites qu'il apporte au droit du propriétaire de faire des ouvertures dans le mur qui lui appartient exclusivement, ne s'occupe que des ouvertures, qui seraient faites afin

d'éclairer des *chambres* placées au *rez-de-chaussée*, c'est-à-dire au-dessus du *rez-de-terre*, *à fleur de terre;* il ne paraît pas dès lors applicable aux ouvertures qui sont faites pour éclairer des voûtes au-dessous du rez-de-chaussée; et nous concevons que cet argument soit admis, lorsqu'en effet un propriétaire réclame, sans aucun intérêt véritable pour lui-même, la suppression d'un soupirail, qui peut être fort utile à son voisin (comp. Pardessus, t. I, n° 210; Taulier, t. II, p. 412).

535. — L'hypothèse, très-fréquente, où l'ouverture a pour but d'éclairer un escalier, dont les marches se trouvent le long du mur dans lequel on la pratique, est plus facile à régler.

On s'accorde généralement à reconnaître que les ouvertures doivent, dans ce cas, suivre la direction ascendante de l'escalier, de manière que la hauteur légale soit toujours observée à partir de chacune des marches qui sont au-dessous des vues; et l'article 677 l'exige, en effet, ainsi; car il ne faut pas qu'à aucune place, l'ouverture soit établie à une hauteur inférieure à celle qu'il exige; d'où l'on doit conclure que si la base de l'ouverture pratiquée dans le mur, au lieu de suivre la direction ascendante de l'escalier, était tout à fait horizontale, elle devrait avoir la hauteur fixée par la loi, dans sa partie correspondante avec le point le plus élevé de l'escalier (comp. Caen, trib. civ., 25 mai 1840, Le Gallier, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 105; Duranton, t. V, n° 405; Pardessus, t. I, n° 218; Taulier, t. II, p. 412).

536. — La distance exigée par notre article 677 doit, bien entendu, se mesurer à partir du sol ou rez-de-chaussée, ou du plancher des étages supérieurs jusqu'au-dessus des appuis ou enseuillements des ouvertures que l'on veut pratiquer; et il n'y a pas lieu, sous ce rapport, de tenir compte de la grandeur plus ou moins élevée de ces ouvertures.

537. — Il est à remarquer, en effet, que l'article 677,

qui détermine la distance du sol à partir de laquelle les ouvertures peuvent être établies, ne renferme aucune prescription relative à la hauteur ni à la largeur ou à l'évasement de ces ouvertures elles-mêmes. Le maître du mur est donc libre de leur donner telle dimension en hauteur et en largeur que bon lui semble; l'intérêt du voisin a paru suffisamment garanti, dès que ces ouvertures, si hautes et si évasées qu'elles puissent être, ne sont établies qu'à la distance du sol ou du plancher des étages supérieurs, que l'article 677 a fixée (comp. Desgodets, sur l'article 201 de la cout. de Paris; Toullier, t. II, n° 525; Pardessus, t. I, n° 210; Marcadé, art. 677; Taulier, t. II, p. 412; Zachariæ, t. II, p. 59).

538. — On a supposé le cas où le propriétaire d'un mur non mitoyen aurait souffert que le voisin y adossât son bâtiment; et on a demandé si, dans cette hypothèse, le maître du mur aurait encore le droit d'y pratiquer des ouvertures, conformément aux articles 676 et 677.

Si le maître du mur avait perdu le droit de contraindre le propriétaire de la maison à la démolir, et si son mur se trouvait ainsi grevé de la servitude *oneris ferendi*, nous croyons bien que la conséquence équitable pourrait en être qu'il aurait, en même temps, perdu le droit d'ouvrir des jours, qui donneraient directement dans les appartements du voisin.

Mais s'il pouvait faire démolir le bâtiment, qui aurait été, sans droit, appuyé sur son mur, il est clair qu'il n'aurait pas perdu le droit d'y pratiquer des jours; seulement, il paraîtrait convenable qu'il demandât, en effet, la démolition du bâtiment, avant de faire lui-même dans son mur des ouvertures, qui, en l'état, pénétreraient dans les appartements mêmes du voisin (comp. de Bézieux, liv. II, chap. VI, § 3; Pardessus, t. I, n° 210).

539. — Nous avons vu déjà que lorsqu'un des copropriétaires du mur mitoyen l'a fait exhausser seul et à ses frais, il est seul aussi propriétaire de l'exhaussement, et

qu'il peut en conséquence y pratiquer des jours, conformément aux articles 676 et 677 (*supra*, n° 408).

340. — Quel est, à l'encontre du voisin, l'effet des jours ainsi pratiqués dans le mur, par celui qui en est propriétaire exclusif? Le voisin qui ne peut pas s'opposer à ce qu'ils soient ouverts, peut-il néanmoins, de son côté, planter, bâtir, etc., de telle sorte que les jours se trouvent obstrués en tout ou en partie?

L'affirmative est incontestable.

Lors même que l'on considérerait, avec Pardessus, que, dans la rigueur du principe du droit de propriété, il ne devrait pas être permis à celui dont le bâtiment joint immédiatement l'héritage d'un autre, d'y faire des ouvertures, pour quelque nécessité que ce fût (t. I, n° 202), il faudrait reconnaître, ainsi que le fait le savant auteur lui-même (n° 210), que la loi qui lui accorde cette faculté, n'impose à l'héritage contigu aucune servitude, et que ce sont là de simples jours de tolérance, qui laissent au voisin le plein exercice de son droit de propriété.

Mais ce point de vue n'est pas, suivant nous, le véritable; et nous pensons, au contraire, que le propriétaire exclusif du mur aurait eu, d'après les principes généraux, le droit de pratiquer dans son mur telles ouvertures qu'il aurait voulu, si le législateur n'avait pas, sous le nom de servitude légale, apporté une restriction à ce droit; car, en tant qu'un propriétaire ne fait que transpercer son mur, il exerce son droit de propriété sur sa propre chose et chez lui. C'est donc dans cette restriction que consiste, suivant nous, ici la servitude légale; elle affecte le droit du propriétaire exclusif du mur; mais quant au propriétaire du fonds voisin, la loi ne lui ayant imposé, de son côté, aucune restriction, la conséquence en est évidemment qu'il conserve, dans toute sa plénitude, l'exercice de son droit de propriété.

C'est que, en effet, dans tout ceci, la vérité est qu'il n'y a de servitude ni d'un côté ni de l'autre; il n'y a

qu'un règlement général sur l'exercice du droit de propriété; aussi, les jours sont-ils alors pratiqués *jure dominii* et non pas *jure servitutis ;* ce sont des *jours de coutume* et non pas des *jours de servitude*, comme disent fort exactement les anciens auteurs, qui n'ont pas manqué de faire cette distinction.

Le maître du mur ne fait donc qu'user de son droit de propriété, en y ouvrant des jours dans les conditions déterminées par les articles 676 et 677; mais pareillement aussi, le voisin ne fera qu'user de son droit de propriété, en plantant ou en bâtissant, dussent les jours du voisin en être obstrués : *in suo pariete potest quis fenestras facere, vicino etiam invito ; vicinus contra ædificando eas obscurare potest* (Wolf, *Jus nat.*, part. V, § 1301 ; ajout. L. 9, ff, *de servit.;* L. 8 et 9, Cod. *de servit. et aqua ;* Desgodets, sur l'article 200 de la coutume de Paris, n° 4; Toullier, t. II, n° 518; Demante, t. II, 532 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 317).

541. — Nous avons même reconnu qu'indépendamment de toute intention de planter ou de bâtir, le voisin pouvait, en achetant la mitoyenneté, se procurer ainsi le moyen de faire boucher les jours, que le propriétaire exclusif du mur y avait pratiqués, conformément aux articles 675 et 677 (comp. art. 675 ; *supra*, n° 369).

Il nous a paru que le même droit appartenait au co-propriétaire du mur mitoyen, à l'égard des jours qui auraient été pratiqués dans l'exhaussement auquel il n'aurait pas contribué d'abord, et dont il acquerrait ensuite la mitoyenneté (*supra*, n°s 375 et 408).

Il n'y a pas lieu, non plus, dans ce dernier cas, de distinguer si le copropriétaire qui achète la mitoyenneté, veut ou ne veut point bâtir. Il est vrai que cette distinction avait été autrefois admise; et le motif en était même assez spécieux : le mur mitoyen, disait-on, peut avoir, suivant sa hauteur, deux destinations différentes; il sert à la clôture des héritages contigus jusqu'à la hauteur or-

dinaire de cette clôture; et il est tout simple alors que le voisin qui acquiert la mitoyenneté, puisse faire boucher les jours qui existent jusqu'à cette hauteur; car autrement il ne serait pas clos; mais au-dessus de cette hauteur, l'acquéreur de la mitoyenneté n'a pas d'intérêt à faire boucher les jours que l'autre voisin a pratiqués dans le mur, s'il ne veut pas lui-même bâtir; ces jours en effet n'empêchent pas le mur mitoyen de remplir sa destination.

Mais déjà, dès 1670, l'ancienne jurisprudence avait proscrit cette distinction, qui ne serait certainement pas non plus admissible sous notre droit nouveau (comp. Goupy sur Desgodets, art. 200 de la cout. de Paris, n° 19; *supra*, n°s 375 et 408).

542. — En reconnaissant au voisin le droit de planter ou de bâtir contre les ouvertures pratiquées par le maître exclusif du mur, ou de les faire simplement boucher en achetant la mitoyenneté, nous supposons, bien entendu, qu'il n'est pas tenu d'ailleurs de les souffrir *jure servitutis*. Telle est la conséquence nécessaire des principes que nous venons d'exposer (comp. Zachariæ, t. II, p. 58; Demante, t. II, n° 532 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 317).

Et encore, faut-il rappeler que la prescription, dans ce cas, ne saurait être invoquée par le propriétaire exclusif du mur pendant tout le temps, si long qu'il soit, qu'il n'aurait eu ses jours que *jure dominii* et conformément aux articles 676, 677; c'est là une proposition que nous avons déjà démontrée (*supra*, n°s 371, 372, 373).

542 *bis*. — Les articles 676 et 677 seraient-ils applicables au cas où le propriétaire ferait garnir les ouvertures pratiquées dans son mur, de verres dépolis, qui ne permettraient pas de voir dans le fonds voisin?

Serait-il nécessaire alors que ces ouvertures fussent garnies d'un treillis de fer, et surtout qu'elles fussent placées à la hauteur déterminée par l'article 677?

Ce point nous paraît délicat; et on pourrait prétendre, avec beaucoup de force, que les ouvertures ainsi garnies peuvent être placées à toute hauteur; car le but essentiel de la loi, dans les dispositions qui nous occupent, est d'empêcher que les ouvertures pratiquées par un propriétaire dans son mur, ne lui permettent de voir dans le fonds voisin, d'y jeter des objets quelconques, ou de s'y introduire; or, une ouverture garnie d'un verre *dépoli* et *dormant*, qui ne peut pas s'ouvrir, ne permet ni la vue, ni le jet des immondices, ni l'introduction des personnes; donc elle ne se trouve pas sous l'application de nos articles; et la vérité est qu'elle ne constitue qu'une sorte de clôture, plus mince seulement et plus fragile que les clôtures ordinaires. Il est vrai qu'une séparation en verre permet d'entendre facilement ce qui se passe et ce qui se dit chez le voisin; mais il en serait ainsi, un peu plus ou un peu moins, d'une simple cloison en planches très-minces; et d'ailleurs ce n'est point là l'inconvénient, dont nos articles ont voulu préserver les propriétaires voisins.

Ce raisonnement serait, à notre avis, décisif, s'il était certain que la vue, en effet, ne peut pas s'exercer au moyen des verres dépolis. Mais il est bien rare que ces verres ne s'altèrent pas dans un temps plus ou moins long, et qu'ils ne donnent ainsi passage à des vues indiscrètes.

545. — B. Supposons maintenant que le mur ne soit point placé sur la ligne séparative des deux héritages, mais que pourtant il ne se trouve pas non plus à la distance de l'héritage voisin, requise par les articles 678 et 679, pour qu'il soit permis d'y pratiquer des vues droites ou obliques (*supra*, n° 529).

Quelles espèces d'ouvertures le propriétaire du mur a-t-il, dans ce cas, le droit de pratiquer?

La réponse est très-simple:

Il est clair d'abord qu'il ne peut pas y avoir des vues

droites ou fenêtres d'aspect ni des vues obliques, puisque son mur, on le suppose, ne se trouve pas séparé de l'héritage voisin par la distance que les articles 678 et 679 exigent pour l'ouverture de ces sortes de vues.

La conséquence en est donc qu'il a seulement le droit d'y pratiquer des jours suivant les conditions déterminées par les articles 676 et 677.

Voudrait-on lui refuser même ce dernier droit, en objectant que l'article 676 ne l'accorde qu'au propriétaire d'un mur mitoyen *joignant immédiatement l'héritage d'autrui?*

Outre qu'il serait impossible, en raison, de justifier une telle différence, nous croyons que cette objection méconnaît le véritable caractère des dispositions de nos articles. D'après les principes généraux du droit de propriété (art. 544), le maître du mur, ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 540), aurait le droit d'y pratiquer telles ouvertures qu'il jugerait convenables, puisque après tout il n'agit, en cela, que sur sa chose et chez lui. Les dispositions qui réglementent l'exercice de son droit, ont donc, sous ce rapport, vis-à-vis de lui, un caractère restrictif; et dès lors, la règle doit être qu'il peut pratiquer des ouvertures dans son mur, toutes les fois qu'il n'en est pas empêché par l'une de ces restrictions ; or, on ne saurait lui opposer ici aucune disposition restrictive de ce genre, en tant qu'il se borne à ouvrir de simples jours dans un mur qui n'est pas séparé du voisin par la distance requise par les articles 678, 679 ; car précisément, ces articles n'exigeant une telle distance que pour les *vues ou fenêtres d'aspect*, droites ou obliques, ne défendent en aucune manière, d'ouvrir de *simples jours* à une distance moindre.

L'article 676 s'applique donc *a fortiori* à notre hypothèse.

544. — C. Reste la troisième hypothèse, celle où le maître du mur peut avoir le droit d'y pratiquer des

vues proprement dites, des *fenêtres d'aspect*, droites ou obliques.

Elle est réglée par les trois derniers articles de notre section, qui sont ainsi conçus :

Article 678 : « On ne peut avoir de vues droites ou « fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables sail- « lies, sur l'héritage clos on non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage. »

Article 679 : « On ne peut avoir des vues par côté ou « obliques sur le même héritage, s'il n'y a six déci- « mètres (deux pieds) de distance. »

Article 680 : « La distance dont il est parlé dans les « deux articles précédents, se compte depuis le pare- « ment extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y « a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur li- « gne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux « propriétés. »

Nous avons, sur cet important sujet, à examiner les quatre points suivants :

1° Dans quels cas y a-t-il vue droite? et dans quels cas vue oblique!

2° A quelle distance du fonds voisin les vues, droites ou obliques, peuvent-elles être établies? et de quelle manière se compte la distance?

3° Dans quels cas cette distance doit-elle être observée?

4° Enfin, que faut-il décider, lorsque des vues, droites ou obliques, ont été établies à une distance du fonds voisin moindre que celle prescrite par la loi ?

545. — 1° Nous demandons d'abord ce qu'il faut entendre par ces mots : vues droites et vues obliques.

La vue droite, ainsi que déjà nous l'avons dit (*supra*, n° 528), est celle qui s'exerce dans un mur parallèle à la ligne de séparation des deux héritages, et qui permet à l'observateur de voir le fonds voisin en face et sans faire aucun mouvement de côté.

La vue oblique, au contraire, l'oblige à se tourner de côté et à porter ses regards à droite ou à gauche, pour voir le fonds voisin ; c'est celle qui s'exerce dans un mur perpendiculaire, ou à peu près, à la ligne séparative des deux héritages.

Il est évident, d'après cela, que c'est la position respective des héritages voisins qui détermine si la vue qui s'exerce sur eux, est droite ou oblique ; et la même vue peut être tout à la fois, ainsi qu'il arrive souvent, droite pour l'un et oblique pour l'autre. C'est ainsi, par exemple, qu'une fenêtre qui procure une vue droite sur le fonds situé au midi, ne procure qu'une vue de côté sur un autre fonds situé au levant, et réciproquement.

546. — Faut-il, pour qu'il y ait vue oblique dans le sens de l'article 679, que le fonds sur lequel on prétend que la vue s'exerce, fasse saillie en retour d'équerre sur la façade du mur ou de la maison, où la fenêtre est pratiquée ?

Ou, au contraire, peut-il y avoir vue oblique, lorsque les deux fonds sont situés sur le même alignement ?

Il nous paraîtrait difficile d'admettre que l'un des héritages puisse être considéré comme ayant une vue quelconque, même de côté sur l'héritage, lorqu'ils sont placés tous les deux sur le même alignement ; l'observateur alors ne voit, en effet, d'aucune manière le fonds voisin, ni directement, ni obliquement ; et il ne pourrait l'apercevoir qu'en avançant son corps en dehors de la fenêtre, et en prenant ainsi une attitude forcée qui n'est pas celle au moyen de laquelle la vue est destinée à s'exercer ; nous croirions donc qu'il n'y a de vue oblique qu'autant que la propriété voisine fait avance en retour d'équerre sur la façade où l'ouverture est pratiquée, et forme ainsi, avec elle, un angle plus ou moins prononcé (comp. Cass., 16 janv. 1839, Valon-Moine, Dev., 1839, I, 399 ; Di-

jon, 13 mars 1840, Vallot, et 7 mai 1847, Deleschamps, Dev., 1847, II, 605, 607 ; Goupy et Desgodets, *Explic. des termes d'architecture*, v° *Baie* ou *bée de côté ;* Pardessus, t. I, n° 204 ; Zachariæ, t. II, p. 58 ; Marcadé, art. 678, n° 1 ; Taulier, t. II, p. 414).

547. — On a mis en question si l'on doit considérer comme une vue droite celle qui s'exerce sur le fonds voisin, du côté d'un balcon ou d'une saillie, lorsque la fenêtre ou la porte qui donne sur le balcon, n'est elle-même qu'une vue oblique.

On pourrait peut-être, pour la négative, invoquer la définition, qui est généralement admise, des vues droites, à savoir : qu'elles s'exercent au moyen d'ouvertures pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages ; or, l'ouverture, dans notre hypothèse, est pratiquée dans un mur perpendiculaire à cette ligne ; et s'il est vrai que du côté du balcon, on puisse voir directement le fonds voisin, ce n'est qu'à la condition de sortir de l'appartement et de se placer de côté sur le balcon.

Nous n'hésitons pas toutefois à penser que le côté du balcon ou de la saillie constitue, dans ce cas, une vue droite.

Tel était déjà, dans l'ancien droit, le sentiment de Desgodets, qui s'exprimait en ces termes :

« Un balcon qui aurait beaucoup de saillie hors du mur où il serait placé, si ce mur était aboutissant en retour du mur de séparation des héritages, le côté de ce balcon serait en vue droite sur l'héritage voisin, et ne pourrait pas être plus près de six pieds de la ligne qui sépare les héritages, quoique la fenêtre ou la porte, qui sortirait du balcon, fût baie de côté. » (Sur l'article 202 de la coutume de Paris, n° 14.)

Et cette solution si raisonnable est encore aujourd'hui tout à fait conforme à notre article 679 ; remarquons bien, en effet, que cet article considère comme vue droite, toute

vue qui permet d'apercevoir de face le fonds voisin, soit qu'elle s'exerce de l'intérieur de l'appartement, soit qu'elle s'exerce du dehors, au moyen d'un balcon ou de quelque autre saillie semblable; aussi, lorsqu'il y a balcon ou autre saillie, la distance ne se compte-t-elle plus à partir du parement extérieur du mur, où sont pratiquées la fenêtre ou la porte qui s'ouvrent sur le balcon, elle se compte à partir *de la ligne extérieure du balcon* lui-même, et en dehors de la balustrade. Cela posé, il nous paraît impossible de méconnaître que la vue prise du côté du balcon sur le fonds voisin constitue une vue droite, puisque la loi veut que, pour mesurer la distance, on se place à la ligne extérieure de ce balcon; or, cette ligne extérieure fait directement face au voisin ; donc, c'est une vue directe qui en résulte (comp. Cass., 16 janv. 1839, Valon-Moine, Dev., 1839, I, 399, Teullier, t. II, n° 522 : Duranton, t. V, n° 413; Pardessus, t. I, n° 207; Taulier, t. II, p. 416; Marcadé, art. 679, n° 1; Zachariæ, t. II, p. 59.)

548. — De la solution qui précède, il faut conclure aussi nécessairement, et par les mêmes motifs que dans le cas où les deux héritages sont placés sur le même alignement, quoique, en règle générale, il ne puisse exister alors, de l'un sur l'autre, aucune vue ni droite ni de côté (*supra*, n° 546), on devra néanmoins considérer comme une vue oblique, celle que l'un des propriétaires pourrait exercer sur le fonds de l'autre, au moyen d'un balcon ou de toute autre saillie, qu'il aurait construit dans son mur; car, au moyen de ce balcon, les deux fonds cessent en réalité, sous le rapport de la vue, d'être placés sur le même alignement, puisque cette saillie produit une vue oblique en retour d'équerre. On objecterait vainement que l'article 679, relatif aux vues par côté ou obliques, ne parle pas, comme l'article 678, des balcons ou autres semblables saillies ; il est évident, en effet, qu'il s'y applique tout aussi bien que l'article 678

lui-même; car il n'y a, entre les deux cas, aucun motif de différence; et c'est ce que prouve la généralité des termes de l'article 680 (comp. Dijon, 13 mars 1840, Vallot; et 7 mai 1847, Deleschamps, Dev., 1847, II, 605-607; Zachariæ, t. II, p. 59; Solon, n° 291).

349. — Il peut arriver que le mur, dans lequel on veut pratiquer des fenêtres, ne soit précisément ni parallèle ni perpendiculaire à la ligne de séparaiion des deux héritages, mais qu'il forme avec cette ligne un angle aigu, de telle sorte que la distance, qui les sépare, soit beaucoup moins grande d'un côté que de l'autre.

L'ouverture alors doit être pratiquée de manière qu'elle se trouve, en même temps, comme vue droite, à la distance de dix-neuf décimètres, et comme vue oblique, à la distance de 6 décimètres; il faut, en effet, qu'en donnant une vue droite à la distance de dix-neuf décimètres, elle ne donne pas une vue oblique à une distance moindre de six décimètres, et qu'en donnant une vue oblique à une distance de six décimètres, elle ne donne pas une vue droite à une distance moindre de dix-neuf décimètres; en un mot, la possibilité de la vue droite est alors subordonnée à la possibilité de la vue oblique; de même que, réciproquement, la possibilité de la vue oblique est subordonnée à la possibilité de la vue droite (comp. Desgodets sur l'article 202 de la coutume de Paris; Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 2, n° 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 318).

350. — Que si le mur, dans lequel on veut pratiquer les fenêtres, forme seulement avec la ligne séparative de l'héritage voisin un angle obtus, il n'y a plus lieu d'observer la distance de dix-neuf décimètres requise pour les vues droites; car la fenêtre ne donnera pas alors de vue droite sur ce fonds; elle ne pourra donner que des vues obliques, pour lesquelles la distance devra être de six décimètres.

351. — Les vues droites ou obliques s'exercent au

moyen de fenêtres libres et ouvrantes, et, comme nous venons de le dire, de balcons et autres saillies extérieures; elles peuvent être placées à telle élévation du sol que le propriétaire du mur juge convenable, et la loi n'en limite pas davantage les dimensions en hauteur ni en largeur (*supra*, n° 537).

La seule condition qu'elle exige, c'est l'observation de la distance que nous venons de déterminer.

551 *bis*. — C'est une question qui peut paraître délicate et sur laquelle, en effet, la doctrine et la jurisprudence sont encore incertaines, que celle de savoir si les articles 678 et 679 sont applicables aux portes ou ouvertures d'accès; en d'autres termes, si le propriétaire d'un bâtiment ou d'un mur peut y ouvrir une porte, sans observer la distance de dix-neuf décimètres ou de six décimètres, suivant que la porte serait droite ou oblique.

Il est néanmoins une hypothèse sur laquelle toutes les opinions doivent, ce me semble, s'accorder, c'est celle où il s'agit d'une porte vitrée, ou plus généralement d'une porte qui serait à jour dans une partie quelconque, de manière à permettre à la vue de s'exercer sur l'héritage voisin; il nous paraît certain, en effet, que la porte, dans de telles conditions, constitue aussi une véritable fenêtre; car elle en remplit l'office, puisqu'elle sert à la vue aussi bien qu'au passage; il faudrait donc appliquer, en ce cas, les articles 678 et 679.

Mais, au contraire, les doutes peuvent être sérieux, lorsqu'il s'agit d'une porte pleine et sans imposte donnant jour.

Et il existe, en effet, une opinion recommandée par d'imposants suffrages, d'après laquelle la porte, même ainsi établie, devrait être assimilée à une fenêtre, et ne pourrait, en conséquence, être pratiquée qu'à la distance prescrite par nos articles :

« Considérant (dit un arrêt de la Cour de Caen), qu'il résulte de la rédaction même de l'art. 678, que les mots :

fenêtres ou balcons s'appliquent aux cas les plus ordinaires, mais qu'ils sont purement démonstratifs et ne font aucun obstacle à ce que toutes les ouvertures, de quelque nature qu'elles soient, pourvu qu'elles permettent de voir sur l'héritage du voisin, soient soumises à la même règle ; — que si une porte, par sa destination principale et habituelle, sert d'accès d'un lieu à un autre, elle donne en même temps à celui auquel elle appartient et aux personnes de sa maison, la faculté de voir sur l'héritage voisin, même sans être vu, et que dès lors elle ne peut être ouverte que dans les conditions déterminées par l'article 678.... » (27 avril 1857, Duhamel, Dev., 1858, II, 178 ; comp. Orléans, 27 mai 1858, Carré, Dev., 1859, II, 36).

Cette doctrine est également enseignée par Toullier (t. II, n° 562) et par Pardessus (t. I, n° 203). M. Curasson paraît finalement l'adopter aussi, quoique avec beaucoup d'hésitation (t. II, art. 6, part. I, sect. III, n° 72 *bis*).

Nous croyons, pour notre part, que la doctrine contraire est beaucoup plus juridique :

1° La règle qui doit ici nous servir de point de départ, c'est que le propriétaire a le droit de disposer de sa chose de la manière la plus absolue et d'en tirer tous les services qu'elle peut lui rendre; les servitudes légales sont, à ce point de vue, des restrictions qu'il n'est pas permis d'étendre.

Or, soit d'après les termes de la loi, soit d'après ses motifs, soit d'après l'exacte appréciation de la nature des faits eux-mêmes, il nous paraît qu'une porte pleine ne saurait être considérée comme une fenêtre.

D'après les termes de la loi : en effet, l'article 688 distingue positivement la servitude *de vue*, qu'il déclare continue, d'avec la servitude *de passage*, qu'il déclare *discontinue;* de même que l'article 689 distingue *une fenêtre* d'avec *une porte* (*infra*, n° 719) ; or, les articles 678

et 679 ne s'appliquent qu'aux *vues ou fenêtres* D'ASPECT (notez ce mot, qui prouve qu'il s'agit d'une ouverture faite exprès pour regarder!), *aux balcons ou autres semblables saillies;* et les termes des articles 678 et 679 paraissent surtout décisifs, quand on les compare à ceux de l'article 675, qui, lorsqu'il s'agit d'un mur mitoyen, défend d'y pratiquer *aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit;* il est remarquable que le mot *ouverture* ne se trouve pas, au contraire, dans l'article 678, à la suite du mot : *fenêtre.*

D'après les motifs de la loi : en effet, ce que le législateur a voulu réglementer dans les articles 678 et 679, c'est l'exercice de la vue sur l'héritage du voisin, c'est-à-dire de la vue proprement dite, s'exerçant, comme servitude continue, au moyen d'ouvrages dont la destination est de la procurer d'une façon principale et permanente; mais évidemment, suivant nous, il n'a pas songé à cette vue accidentelle et momentanée que peut procurer une porte, lorsqu'elle est ouverte.

Enfin, nous disons que le législateur n'a fait, en cela, que la plus exacte appréciation de la nature des faits eux-mêmes; car, après tout, dans la simple vérité du fait, une porte n'est pas une fenêtre! Et si une fenêtre est faite pour procurer la vue, il en est tout autrement d'une porte; on ne regarde pas, on ne se propose pas de regarder par une porte pleine; on passe, on entre et on sort, voilà tout! elle n'est qu'un moyen d'accès; c'est là sa destination principale et essentielle; et les inconvénients qui peuvent résulter, pour les voisins, de la vue accidentelle et momentanée qu'elle permet d'exercer sur eux, lorsqu'elle est ouverte, ne sont que secondaires et n'offrent certes pas, à beaucoup près, la même gravité que ceux qui résultent de l'etablissement d'une fenêtre.

2° S'il était vrai que les articles 678 et 679 fussent applicables aux portes pleines, il faudrait dire nécessairement, dans ce système, que les portes doivent être con-

sidérées comme *des vues*, c'est-à-dire comme des servitudes continues, à l'égal *des fenêtres*, d'après l'article 688; et que, par suite, l'existence d'une porte pleine ouvrant même directement sur l'héritage du voisin, serait susceptible d'engendrer l'action possessoire et la prescription, d'après l'article 690;

Or, on ne saurait aller jusqu'à une telle assimilation, sans violer tous les textes et sans confondre tous les principes (comp. Cass., 7 juill. 1852, Sicard, D. 1852, I, 167);

Donc, il est manifeste que l'on ne peut pas considérer une porte comme donnant droit de vue à l'égal d'une fenêtre.

3° Ajoutons enfin que l'ouverture d'une porte est suffisamment justifiée par la nécessité où se trouve le propriétaire d'un bâtiment ou d'un mur, d'accéder au terrain qu'il a laissé au delà de son bâtiment ou de son mur, et par le droit qui lui appartient, apparemment, d'y accéder; et aujourd'hui que la servitude de *tour d'échelle* n'existe plus, ce droit peut lui être très-nécessaire pour faire les réparations de son mur ou de son bâtiment (*voy.* le t. I, n°s 422, 423). Il est vrai que la doctrine que nous combattons lui permet de s'ouvrir un passage sur le terrain qu'il a laissé au delà de son mur « en pratiquant, au moyen de deux petits murs latéraux, dans l'intérieur de son clos, une porte qui alors ne serait établie qu'à dix-neuf décimètres de distance de l'héritage voisin. » (Curasson, *loc. supra.*) Mais cet expédient singulier n'est, à notre avis, nullement nécessaire!

Nous comprendrions que l'on considérât comme une fenêtre une porte, même pleine, qui s'ouvrirait de l'appartement d'un étage supérieur sur un balcon ou autre semblable saillie; car, en pareil cas, cette prétendue porte ne serait qu'un moyen d'exercer la vue sur le balcon. Mais une vraie porte, dont la destination est uniquement de donner accès au propriétaire sur son propre

terrain, nous ne saurions admettre qu'elle puisse être considérée comme une fenêtre, pour laquelle la distance prescrite par les articles 678 et 679 doive être observée (comp. Caen, 2 mars 1853, Pimor, Dev., 1858, II, 180; Montpellier, 14 nov. 1856, Salesses, Dev., 1857, II, 81). Il s'agissait, dans ces espèces, d'une porte ouverte sur un terrain commun; mais les arrêts n'en sont pas moins motivés en termes absolus et applicables à tous les cas (*voy.* aussi Merlin, *Répert. de jurisprud.*, v° *Tour de l'échelle*, § 3, n° 2; et les observations de M. Biauzon dans le *Rec.*, Dev., 1858, II, 177, note 1 et 2; ajout. Agen 23 juin 1864, Vidal; Bordeaux, 23 décemb. 1863, Couprie; et 16 juin 1864; Simon, Dev. 1864, II, 163-164. Voy. toutefois, Cass. 26 juin 1865, Couprie, Dev. 1865, I, 339).

552. — Et maintenant, de quelle manière se mesure cette distance?

Évidemment, tout l'espace dont elle se compose, doit être pris sur le terrain de celui qui veut pratiquer la vue, de manière que cette vue n'atteigne jamais une portion quelconque du fonds voisin qu'après la distance prescrite, distance dont les deux points extrêmes doivent être, en conséquence, d'une part, celui où la vue commence à s'exercer; d'autre part, celui où commence le fonds sur lequel elle s'exerce. Telle est la règle.

S'agit-il de vues droites? Rien de plus simple; la distance se calculera soit depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, soit, lorsqu'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (art. 680). Le point de départ est le parement *extérieur* du mur, ou la ligne *extérieure* du balcon; car c'est de ce point que la vue pénètre chez le voisin.

S'agit-il de vues obliques? A s'en tenir à la lettre de l'article 680, qui renvoie *aux deux articles précédents* (678 et 679), il faudrait encore, dans ce cas, compter la

distance depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait; mais il est manifeste que cette rédaction n'est pas exacte, et que l'article 680 ne peut s'appliquer qu'aux vues droites. La distance de six décimètres pour les vues obliques doit, au contraire, se compter à partir de l'arête du jambage de la fenêtre ou croisée; autrement, on arriverait à cet inadmissible résultat, que la plupart des vues de côté seraient interdites; car elles seraient impossibles, à quelque distance d'ailleurs qu'elles fussent placées de l'héritage voisin, si le mur où elles seraient pratiquées n'en était pas lui-même séparé par une distance de six décimètres. Peu importe d'ailleurs la proximité ou même la contiguïté du mur; il ne s'agit que d'éloigner à une certaine distance la vue elle-même; et c'est dès lors du point où cette vue s'exerce que la distance doit être comptée. Aussi bien, telle était la règle autrefois observée; et il est impossible d'admettre que les législateurs nouveaux aient voulu s'en départir (comp. Bourjon, *des Servit.*, part. II, chap. XII, sect. I, n°s 3, 4; arrêtés des 23 février 1651 et 27 août 1661, cités par Desgodets, sur l'article 202 de la cout. de Paris, n°s 5 et suiv.; Pardessus, t. I, n° 206; Zachariæ, t. II, p. 59; Duranton, t. V, n° 413; Taulier, t. II, p. 415).

553. — Ces mots de notre article 679 : *balcons ou autres semblables saillies*, ne doivent évidemment s'entendre que des ouvrages avancés, qui ont pour but de faciliter l'exercice des vues : balustrades, terrasses ou autres de ce genre; car il est ici question *des vues sur la propriété du voisin*.

Ils ne sauraient donc s'appliquer aux autres espèces de saillies, telles que corniches, corbeaux, ni à l'avancement d'un toit qui ne procurerait aucune vue, et à l'égard desquels il suffit qu'ils ne s'avancent pas sur le fonds voisin; et s'il y avait aussi, dans le même mur où se trouvent ces sortes d'ouvrages, des fenêtres d'aspect, la distance ne devrait toujours se compter qu'à partir du

parement extérieur du mur où ces fenêtres seraient pratiquées (comp. Duranton, t. V, n° 408).

554. — Remarquons aussi que l'article 680, qui dispose que, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, la distance se compte depuis leur ligne extérieure, que cet article, disons-nous, ne doit s'entendre que des balcons ou autres saillies pratiquées dans le mur où l'ouverture se fait et d'où la vue doit s'exercer ; si donc ces balcons ou autres saillies semblables se trouvaient dans le mur opposé, ce n'en serait pas moins toujours depuis le parement extérieur du mur lui-même que la distance devrait se mesurer (comp. Pardessus, t. I, n°s 205 et 207; Solon, n° 290).

555. — Quant à la ligne séparative des héritages considérée comme l'autre point extrême de la distance, il est très-facile, en général, de la déterminer, lorsqu'il n'existe, entre les deux fonds, aucune clôture intermédiaire; seulement, il importe, dans ce cas, de faire constater contradictoirement l'état des lieux par une sorte de bornage, afin de prévenir les difficultés qui pourraient résulter plus tard des anticipations, par suite desquelles la ligne séparative se trouverait déplacée.

556. — Lorsqu'il existe, entre les deux héritages, une clôture quelconque, mur, haie ou fossé, de deux choses l'une :

Ou cette clôture appartient exclusivement à l'un des deux voisins;

Ou elle est mitoyenne.

Dans le premier cas, la ligne séparative, c'est-à-dire le point de départ de la distance, dont nous nous occupons, se trouve évidemment à l'extrémité soit extérieure, soit intérieure du mur, du fossé ou de la haie, suivant que la clôture appartient soit à celui qui ouvre les vues, soit à l'autre voisin; le mur, la haie ou le fossé sont donc alors nécessairement, pour toute leur largeur ou épaisseur, tout à fait *en dedans* ou tout à fait *en dehors* de la distance.

557. — Mais que décider dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la clôture est mitoyenne?

Dira-t-on qu'il faut alors placer *en dedans* de la distance tout le sol que cette clôture occupe, parce que le fonds propre du voisin ne commence véritablement qu'à l'extrémité extérieure du mur, de la haie ou du fossé?

Mais qui ne voit que ce motif pourrait être également invoqué en sens inverse; pour soutenir que la clôture, dans toute son épaisseur, devrait être, au contraire, placée *en dehors* de la distance; car, dirait-on aussi dans l'intérêt de celui qui ouvre les vues, son fonds propre à lui ne commence véritablement qu'à l'extrémité intérieure du mur, de la haie ou du fossé.

La vérité est que l'espace du sol occupé par la clôture n'est alors précisément ni le fonds du voisin, ni le fonds de celui qui ouvre les vues, puisqu'il est, entre eux, commun ou indivis.

Et comme, finalement, il est impossible de ne pas tenir compte de cet espace, on a généralement pensé, avec raison, suivant nous, qu'il convenait de faire, *ad hoc*, une sorte de partage fictif de cette propriété indivise, et que par conséquent la ligne séparative devait être prise au point milieu du mur, de la haie et du fossé mitoyen. Telle est, en effet, la pratique depuis longtemps suivie; *c'est ce qui s'observe*, disait Ferrières, *entre les architectes* (sur l'article 202 de la cout. de Paris; *supra*, n° 495; Bourjon, *des Servit.*, part. II, chap. XII, sect. I, n° 4; Pardessus, t. I, n° 205; Astruc, *des Servit.*, p. 103; Duranton, t. V, n° 408; Taulier, t. II, p. 416; Solon, n° 290; Vaudoré, t. III, p. 609, n° 12).

558. — Une difficulté toutefois peut naître des deux solutions qui précèdent.

Propriétaire exclusif d'un mur qui me séparait de mon voisin, j'ai compris ce mur tout entier *en dedans* de la distance requise pour les vues que j'ai pratiquées dans

mon bâtiment; c'était mon droit, ainsi que nous venons de le dire (*supra*, n° 556).

Mais voilà que mon voisin achète la mitoyenneté du mur, et que par conséquent la distance requise n'existe plus, puisque nous venons également de reconnaître que, dans le cas où la clôture est mitoyenne, c'est le milieu de cette clôture qui doit servir de point de départ (*supra* n° 557).

En conclurons-nous que le voisin, acquéreur de la mitoyenneté du mur, peut demander que mes fenêtres soient reculées de manière à se trouver désormais à la distance légale à partir de cette nouvelle ligne ?

L'affirmative semblerait d'abord logique; et on pourrait même invoquer, en ce sens, l'article 680, qui ne défend pas seulement de *pratiquer* des vues à une distance trop rapprochée, mais qui défend, en termes absolus, d'en *avoir* (art. 678, 679).

Mais l'équité et le bon sens protesteraient contre une conclusion pareille; et nous ne croyons pas, en effet, qu'elle ait été proposée par personne : c'est au moment même où les vues sont établies, que la loi veut que l'on calcule la distance d'après les règles qu'elle détermine; et aucun texte n'autorise à dire que ce soit là, entre les deux voisins, un règlement provisoire, subordonné à telle ou telle éventualité; c'est au contraire, d'après le texte même, un règlement définitif sur la foi duquel les vues sont, pour l'avenir, et quoi qu'il advienne, régulièrement pratiquées; or, nous supposons qu'au moment où les vues ont été établies, la distance a été régulièrement calculée d'après les règles déterminées par la loi; donc, on ne saurait invoquer aucun texte ni aucun principe pour en demander l'éloignement.

Il est vrai que nous avons enseigné que le voisin, acquéreur de la mitoyenneté du mur, peut faire supprimer les ouvertures et autres ouvrages que l'autre voisin y avait pratiqués *jure dominii*, lorsqu'il en était le propriètaire exclusif (*supra*, n° 370); mais il faut remar-

quer qu'il s'agit là d'ouvrages pratiqués dans le corps même du mur devenu mitoyen, et incompatibles avec le droit d'égale copropriété, qui appartient désormais au voisin. Telle n'est pas notre hypothèse; et la circonstance, que les vues ne se trouveront pas tout à fait maintenant à la distance légale, ne fait aucun obstacle au plein et libre exercice, de la part du voisin, des droits de la mitoyenneté par lui acquise (comp. Pardessus, t. II, n° 206; Solon, n° 290 ; Toullier et Duvergier, t. II, n° 522; Duranton, t. V, n° 411; Taulier, t. II, p. 416; Demante, t. II, n° 534 *bis*).

559. — Ajoutons toutefois :

1 Qu'en cas de reconstruction du mur, les vues devraient être reportées à la distance légale, calculée, cette fois, à partir du point milieu du mur devenu mitoyen;

2° Et qu'il en serait ainsi, lors même que cet état de choses, par suite duquel les vues n'étaient plus à la distance prescrite, aurait duré pendant plus de trente ans, depuis l'acquisition de la mitoyenneté.

D'une part, en effet, par la démolition du mur, le voisin acquéreur de la mitoyenneté, rentrerait dans le droit commun, qui l'autorise, ainsi que nous l'avons dit (*supra*, n° 557), à demander que la distance soit comptée à partir du point milieu du mur; et c'est en vain que l'on prétendrait lui opposer l'article 665, qui porte que lorsque l'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison; car ce n'était pas à titre de servitude que la vue existait alors à une distance moindre que celle requise par la loi; c'était en vertu de la tolérance de la loi elle-même, qui n'en exigeait pas le reculement immédiat;

Et d'autre part, ce même motif démontre qu'aucune prescription ne pourrait ici faire déchoir le voisin du droit éventuel, qu'il conserve toujours, de demander l'ob-

servation de la distance légale, lorsque le mur sera reconstruit; car ce n'était pas *jure servitutis*, qu'il subissait ces vues à une distance trop rapprochée; et le voisin qui avait ces vues, n'exerçait en cela aucun droit contraire au sien, et qui le mît en demeure d'agir, puisque au contraire toute action à fin d'obtenir immédiatement l'observation de la distance légale, lui était alors interdite (comp. Delvincourt, t. I, p. 163, note 7; Duranton, Demante, Taulier, *loc. supra cit.*).

560. — 3° Le point de savoir dans quels cas les articles 678, 679 sont applicables, n'est pas le moins délicat de notre sujet.

Et d'abord, les distances prescrites par nos articles doivent être observées, sans distinguer si l'héritage sur lequel la vue doit s'exercer, est *clos ou non clos;* le texte est, à cet égard, formel.

La généralité de ses termes ne permet pas davantage de distinguer entre les villes et les campagnes.

Il est vrai qu'autrefois il en était autrement, et que, dans certaines provinces, ces restrictions n'existaient que pour les bâtiments des villes, ou que du moins la distance légale ne devait être observée dans les campagnes, qu'autant que le fonds voisin était clos par des murs (comp. Merlin *Rép.*, v° *Vue*, § 2, n° 6; Desgodets sur l'article 202 de la cout. de Paris, n° 13; Ferrières, sur le même article; Soulatge, p. 147).

Mais l'orateur Berlier, dans l'*exposé des motifs* de notre titre, a positivement déclaré que cette distinction cessait d'être admise; et nos textes, en effet, ne la comportent plus (Locré, *Législ. civ.*, t. VIII, p. 374).

561. — On a demandé toutefois s'il était vrai que les mêmes règles fussent absolument applicables, sous ce rapport, dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, et dans ceux où elle l'est.

Et, plus spécialement, si, dans les champs, le propriétaire d'un parc ou d'un enclos quelconque, ne peut pas

établir au-dessus, dans l'intérieur, ou entre les parements du mur, qui le sépare du fonds voisin, pré ou terre labourable, une claire-voie régnant dans tout ou partie de la longueur du mur.

Des distinctions ont été, à cet égard, proposées :

Ou l'ouverture au moyen de laquelle la vue s'exerce, est garnie d'une fenêtre, d'un volet ou d'une persienne pouvant s'ouvrir et se fermer à volonté ; et alors, la distance requise par les articles 678, 679 doit être maintenue, même dans la rase campagne, lors même qu'il ne s'agirait que d'un simple mur de séparation et de clôture, et que ni l'un ni l'autre des héritages ne servirait à l'habitation ;

Ou bien l'ouverture par laquelle s'exerce la vue, n'est pas fermée par un volet ou une persienne; et dans ce cas, on fait une sous-distinction :

Si le mur dans lequel l'ouverture est pratiquée, est celui d'une maison, ou s'il donne sur les dépendances d'une habitation, il faut encore, dans ce cas, même dans les campagnes, se conformer aux conditions et à la distance prescrites par les articles 676, 677, 678 et 679;

Mais s'il s'agit du mur de clôture d'un parc, d'un jardin, d'une cour donnant sur la rase campagne, c'est-à-dire sur un terrain non clos et non servant à l'habitation, alors les articles 676, 677, pas plus que les articles 678, 679 ne sont applicables :

1° En effet, dans ce cas, la clôture n'étant pas forcée, le propriétaire du mur qui aurait pu ne pas le construire et qui pourrait toujours l'abattre, doit pouvoir, *a fortiori*, y laisser en le construisant, ou y établir ensuite des intervalles, des interstices à telle hauteur et dans tel espace que bon lui semble; autrement, on en viendrait à cette conséquence inadmissible que le propriétaire qui aurait commencé à se clore, même à la campagne, serait forcé de se clore entièrement, et que si une portion de son

mur venait à tomber, il serait aussi dans l'obligation de rétablir ou de supprimer son mur tout entier!

2° Il y a d'ailleurs alors réciprocité entre les deux voisins; car les ouvertures n'étant pas fermées, le voisin exerce aussi de son côté la même vue que l'on exerce sur lui.

3° Enfin, il serait bien extraordinaire que même en rase campagne, le propriétaire d'un parc ou d'un enclos n'eût pas le moyen de se ménager une vue sur les champs, en laissant un intervalle, une solution quelconque de continuité dans son mur, ou en y établissant une claire-voie! Les articles 676, 677, 678 et 679 n'ont certainement pas voulu créer une telle prohibition, sans aucune espèce d'intérêt pour le propriétaire du champ voisin (comp. Demante, t. II, n° 533 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 19).

Malgré tout ce que ces déductions ont de spécieux, nous ne saurions admettre, en principe, la double distinction qu'elles prétendent établir, dans notre sujet, entre les villes et les campagnes d'une part, et d'autre part entre les fonds qui sont clos et qui servent à l'habitation, et les autres fonds non clos et non bâtis :

1° Le texte même de nos articles (676 à 679) ne comporte, ainsi que nous l'avons déjà dit, aucune distinction semblable; il est, au contraire, général et absolu.

2° Nous avons, par avance, aussi répondu à l'argument, qui consiste à dire que, dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, le propriétaire du mur qui aurait pu ne pas faire son mur et qui pourrait toujours l'abattre, doit pouvoir y laisser, en conséquence, des intervalles. C'est que précisément la condition de la vue est changée par la construction du mur; c'est qu'elle ne s'exerce plus *palam*, mais d'une façon clandestine et furtive (*supra*, n° 527). On objecte en vain que les ouvertures, dont il s'agit, n'étant pas fermées par des volets ou des persiennes, la situation des deux voisins est réciproque; il se peut

d'abord que les deux terrains ne soient pas de même niveau, et que celui d'où les vues s'exercent, étant plus élevé, il en résulte une différence, au désavantage de l'autre; et puis, dans tous les cas, le voisin peut répondre que cette faculté de représailles, qu'on lui offre, ne le tente pas, et qu'il aime mieux ne pas voir lui-même furtivement chez son voisin, que de laisser à son voisin la possibilité de voir ainsi chez lui.

3° Nous comprendrions bien que l'on vînt prétendre que tel ou tel intervalle, qui aurait été laissé dans un mur de clôture, ne constitue pas une vue; qu'il n'est qu'une solution de continuité de la clôture, et que dans les lieux où cette clôture n'est pas forcée, le voisin ne peut pas s'en plaindre, parce que le propriétaire qui pouvait ne pas se clore du tout, a pu ne se clore qu'en partie et sur une certaine longueur seulement de son fonds. De même, si un propriétaire n'avait élevé son mur qu'à hauteur d'appui et l'avait surmonté d'une grille en bois ou en fer, nous comprendrions que l'on vînt dire que c'est un mode de clôture qu'il était libre d'adopter, mais que ce ne sont pas là des *ouvertures*, ni des *vues*, ni des *fenêtres*, dans le sens des articles 676 et suivants. Ce serait une question à décider par l'examen du fait; et il se pourrait, suivant nous, que cette prétention fût fondée (comp. Cass., 3 août 1836, Barril, Dev., 1836, I, 744; Angers, 9 févr. 1849, Vinet, Dev., 1849, II, 177).

Mais si on reconnaît que telle espèce d'ouverture constituerait une vue, qui, dans les villes, ou même dans les campagnes à l'égard d'un fonds clos ou servant à l'habitation, devrait être placée à la distance requise par les articles 678 et 679, nous ne pensons pas que l'on puisse prétendre que cette même ouverture ne constituera pas une vue pour laquelle la distance doit être observée, parce que le fonds, sur lequel elle s'exerce, serait situé à la campagne et ne serait ni clos ni bâti. Encore une fois, la loi ne fait aucune distinction entre les héritages, sous

le rapport de leur situation à la ville ou à la campagne, ni de leur clôture ou déclôture, ni de leur destination pour l'habitation ou autrement. Il est donc impossible que la même ouverture, qui serait défendue à la ville et à la campagne sur un fonds clos ou bâti, soit permise à la campagne sur un fonds non clos et non bâti.

Sans doute, l'hypothèse en question, où il s'agit d'une claire-voie pratiquée dans un mur de parc donnant sur la rase campagne, cette hypothèse est bien favorable; et le plus souvent, la tolérance du voisin fait que la question n'est pas soulevée; mais il nous paraîtrait difficile de ne pas la résoudre en sa faveur, s'il réclamait, et s'il était reconnu que cette ouverture constitue bien une *vue* pour laquelle la distance légale doit être observée (comp. Cass., 5 déc. 1814, Leloup, Sirey, 1815, I, 49; Merlin, *Rép.*, v°, *Vue*, § 2, n° 6; Toullier, t. II, n° 520; Pardessus, t. I, n°504; Duranton, t. V, n° 409; Zachariæ, t. II, p. 58; Solon, n° 288.

562. — On voit, par ce qui précède, que nous ne croyons pas qu'on soit fondé à prétendre, ainsi qu'on l'a fait, que les vues ou fenêtres, dont le Code s'occupe dans cette section, sont celles-là seulement qui éclairent des appartements, et que les articles 678, 679 ne concernent pas les vues pratiquées dans de simples murs de séparation ou de clôture et dont on ne peut jouir que temporairement en se promenant au dehors, lorsque la température le permet (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 319).

Que l'hypothèse des vues ou fenêtres pratiquées dans les murs de bâtiments soit la plus ordinaire, et celle même qui vraisemblablement était plus spécialement présente à la pensée du législateur, cela peut être; mais il n'en est pas moins vrai que sa disposition est générale et qu'elle s'applique à toutes vues ou fenêtres quelconques, lors même que ces vues ne seraient pratiquées que dans un simple mur de séparation ou de clôture

(comp. Demante, t. II, n° 533 *bis*, I; Zachariæ, t. II, p. 58).

563. — Les articles 678 et 679 sont-ils applicables entre deux fonds, qui sont séparés par un espace intermédiaire?

Cet espace peut être :

A. Un fonds appartenant à un tiers;

B. Un fonds appartenant en commun aux deux propriétaires entre lesquels s'élève la question des vues;

C. Ou enfin une voie publique.

Il faut examiner séparément la question dans chacune de ces hypothèses :

564. — A. La première hypothèse n'offre pas de difficulté; il est évident que l'existence d'un fonds intermédiaire, qui serait d'une largeur moindre que la distance légale, ne dispenserait pas le propriétaire du mur d'observer cette distance à l'égard du fonds qui suit celui-là, lors même (comme il faut le supposer pour que notre question s'élève) que le propriétaire du fonds intermédiaire ne se plaindrait pas de l'inobservation de la distance ou qu'il aurait accordé la permission d'ouvrir les vues sur son fonds sans s'y conformer. Nos articles 678, 679 exigent, d'une manière absolue, que cette distance soit observée; et ils ne distinguent pas si les propriétés sont contiguës ou s'il existe entre elles une autre propriété; c'est qu'en effet, il importe peu à celui sur le fonds duquel les vues porteraient à une distance moindre que celle prescrite par la loi, que l'espace intermédiaire appartienne au maître du mur ou à tout autre: le préjudice résultant de ces vues est, dans tous les cas, pour lui, le même; et on ne concevrait pas d'ailleurs que celui qui ouvre les vues, eût plus de droit sur le terrain intermédiaire, qui appartient à un autre, qu'il n'en aurait sur son propre terrain à lui-même! (Comp. Demante, t. II, n° 533 *bis*, II.)

565. — B. Lorsque l'espace intermédiaire, qui sépare les deux héritages, est un terrain commun aux deux pro-

priétaires de chaque côté, la question n'est point aussi simple; et les avis sont partagés.

Nous croyons qu'il faut faire une distinction :

Ou bien le terrain intermédiaire est affecté, par suite d'une servitude d'indivision, à l'usage commun des deux héritages dont il forme un accessoire, comme une cour, une allée, un passage quelconque;

Ou c'est une propriété ordinaire, qui n'est affectée à aucun service de dépendance envers les autres fonds des deux propriétaires, auxquels elle appartient en commun.

Voyons d'abord le premier cas.

Il est une opinion qui paraît enseigner que, même dans ce cas, la distance prescrite par les articles 678, 679, doit être observée, et que la ligne de séparation doit être prise au milieu du terrain commun; c'est-à-dire, dans notre hypothèse, au milieu de la cour ou de l'allée commune; car il n'appartient pas, dit-on, à l'un des copropriétaires d'imposer, dans son intérêt, des servitudes à la chose commune (comp. Nancy, 25 sept. 1816, Dutac, Sirey, 1817, II, 155; Cass., 5 mai 1831, Pongérard, D., 1833, I, 281; Montpellier, 14 nov. 1856, Salesses, Dev., 1857, II, 31; et les observations qui accompagnent cet arrêt (note 1); Pardessus, t. I, n° 204; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 521, note *a;* Solon, n° 292).

Nous n'admettrions pas, pour notre part, cette doctrine, du moins dans ces termes absolus; nous croyons, au contraire, que la règle générale est que les copropriétaires d'une cour ou d'un passage commun peuvent y pratiquer des fenêtres sans observer les distances prescrites par les articles 678 et 679; et cela, sans distinguer même si ce terrain intermédiaire a plus ou moins de dix-neuf décimètres de largeur; ce n'est point là, en effet, grever la chose commune d'une servitude; c'est tout simplement exercer son droit de copropriété dans toute l'étendue qu'il comporte, eu égard à la nature de cette chose indivise, dont la destination précisément est de

servir, le plus possible, aux propriétés dont elle est une dépendance (*supra*, n° 446). Telle est, dirons-nous, la règle générale. Mais il en serait autrement, bien entendu, s'il était reconnu, en fait, d'après les titres ou autrement, que la chose commune, cour ou passage, a été consacrée, par la convention des parties, à une affectation restreinte et exclusivement spéciale (comp. Paris, 11 janvier 1842, Blot, Dev., 1842, II, 259; Caen, 21 août 1842, Harel, Dev., 1843, II, 78; Angers, 26 mai 1847, Nouchet, Dev., 1847, II, 411; Cass., 31 mai 1851, Puichaud, Dev., 1851, I, 404; Bordeaux, 20 juillet 1858, Pasquier, Dev., 1859, II, 350; Marcadé, *Revue critique de jurispr.*, t. II, p. 70).

Mais dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'espace intermédiaire est un terrain commun qui, bien qu'appartenant par indivis aux deux propriétaires de chaque côté, n'est affecté pourtant à aucun service envers leurs fonds, nous pensons que la distance doit être observée, et qu'elle doit se compter alors, de chaque côté, d'après la règle générale, à partir de la ligne de séparation de la propriété commune d'avec la propriété particulière de chacun; c'est alors, en effet, qu'il est vrai de dire que l'un des communistes ne peut pas, dans son intérêt, imposer une servitude à la chose commune; autrement, il pourrait arriver que si, par l'effet du partage, l'un des deux devenait propriétaire exclusif du fonds intermédiaire, il se trouvât grevé, au profit de l'autre, d'une servitude qui, peut-être, diminuerait beaucoup la valeur de la propriété (comp. Caen, 27 nov. 1854, Nourry, *Rec. de Caen*, t. XVIII, p. 321).

566. — C. Enfin, supposons que l'espace intermédiaire, qui sépare les deux héritages, est une voie publique.

Pour soutenir que, dans ce cas, la distance requise par les articles 678, 679, doit être observée, si la voie publique n'est pas elle-même d'une largeur égale à cette distance, on peut raisonner ainsi :

On reconnaît que l'existence d'un terrain intermédiaire appartenant à un particulier n'empêche pas que les distances ne doivent être observées; et cela, par le double motif : d'une part, que le propriétaire du fonds qui suit ce terrain intermédiaire, n'en éprouverait pas moins de préjudice, si les distances n'étaient pas gardées; et, d'autre part, qu'il ne se peut pas que celui qui ouvre les vues, ait plus de droit sur le terrain d'autrui que sur son propre terrain (*supra*, n° 564); or, cet argument s'applique également, de tout point, au cas où l'espace intermédiaire, qui sépare les deux fonds, est une voie publique; donc, la solution doit être aussi la même dans les deux cas (comp. Nancy, 25 nov. 1816, Dutac, Sirey, 1817, II, 155; Duplessis, cout. de Paris, liv. II, chap. III; Zachariæ, I, II, p. 60).

L'argument est serré; et pourtant, nous ne croyons pas que la conclusion doive en être admise :

D'une part, notre Code s'occupe essentiellement des héritages privés dans leurs rapports les uns avec les autres; or, il s'agit surtout ici d'apprécier le rapport d'un héritage privé envers le domaine public ou le domaine municipal.

D'autre part, c'est la destination essentielle des voies publiques, des rues et des places, que chacun des propriétaires riverains ait le moyen de bâtir sur la ligne séparative, et, par suite, de pratiquer des ouvertures, des portes et des fenêtres, dans son bâtiment. D'après l'autre système, l'aspect des villes ne serait pas seulement désagréable au plus haut point; mais la sûreté publique et la circulation des personnes seraient évidemment compromises, s'il n'était pas possible de pratiquer des croisées, surtout dans les rues étroites, comme celles à l'égard desquelles notre question s'élèvera toujours. Il faut donc considérer que la voie publique étant offerte à l'usage commun de tous, c'est, avant tout, sur la voie publique elle-même que les ouvertures sont pratiquées, et que les

autres riverains ne sont pas alors fondés à réclamer l'observation de la distance légale. M. le conseiller Mesnard (Dev., *loc. infra cit.*) a, en effet, fort justement remarqué que, les rapports du voisinage sont alors tout à fait troublés; que chacune des habitations édifiées le long de la rue, subit, en quelque sorte, le voisinage de tout le public, qui a le droit, à toute heure, de fréquenter la rue et de jeter les yeux où bon lui semble; et qu'il n'y a pas de raison pour interdire les vues sur un terrain où tout est public : le passage, la vue, la chute des eaux, etc. S'il en est autrement à l'égard des plantations, c'est par un motif spécial, qui n'existe pas en ce qui concerne les vues (comp. *infra*, n° 699; Dijon, 13 mars 1840, Vallot, Dev., 1847, II, 605; Cass., 1er mars 1848, Durand, Dev., 1848, I, 622; Cass., 18 janv. 1859, Donadien, Dev., 1859, I, 216; Cass., 1er juill. 1861, Fornari, Dev., 1862, I, 81; Bourjon, *des Servit.*, part. II, chap. XII, sect. II, n° 9; Ferrières sur l'article 202 de la cout. de Paris; Denizart, v° *Servitudes*, n° 10; Cochin, t. II, p. 550 (édit, de 1821); Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 2, n° 1; Pardessus, t. I, n° 204; Duranton, t. V, n° 512; Toullier et Duvergier, t. II, n° 528; Demante, t. II, n° 533 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 520; Taulier, t. II, p. 417).

Mais il semble résulter des motifs mêmes qui précèdent, que cette solution ne serait pas applicable, si les deux fonds n'étaient séparés que par un ruisseau servant d'égout; il faudrait alors observer la distance légale (Caen, 4e ch., 1er oct. 1827, Lecoq).

567. — La solution, que nous venons de présenter, doit-elle être appliquée également aux vues droites ou obliques, que l'on peut se procurer sur le fonds du voisin, au moyen de balcons ou autres avancements établis en saillie sur la voie publique, avec la permission de l'autorité municipale?

La vue peut-elle être aussi exercée à l'aide de ces con-

structions extérieures, à une distance moindre que celle prescrite par les articles 678, 679 et 680, sur les propriétés voisines de face ou de côté?

La question est délicate; et voici, pour la négative, comment on pourrait argumenter :

Si, malgré la généralité des termes de la loi, dans les articles 678, 679, on autorise néanmoins les propriétaires des maisons riveraines de la voie publique à ouvrir des fenêtres dans leur mur, encore bien qu'à raison du peu de largeur de la rue, il en résulte des vues droites ou obliques sur les propriétés voisines à une distance moindre que celle prescrite par la loi, c'est : 1° parce qu'il est de toute nécessité que les propriétaires aient le moyen d'éclairer leurs maisons et de les rendre habitables; 2° parce que telle est la destination essentielle de la voie publique, et que, dès lors, chacun, en y ouvrant des portes ou des fenêtres, exerce, à cet égard, un droit absolu; 3° enfin, parce que l'ordre public et la bonne police des villes exigent aussi que les rues soient bordées de maisons ouvertes, et non pas seulement de murailles inaccessibles;

Or, aucun de ces motifs n'existe plus, lorsqu'il s'agit d'exercer des vues à une distance prohibée, à l'aide de balcons ou autres avancements en saillie sur la voie publique : 1° en effet, cette exception n'est alors réclamée par aucune nécessité; car ce n'est plus pour éclairer la maison; au contraire, c'est uniquement afin de se procurer une vue de pur agrément, que l'on prétend imposer aux voisins cette gêne extrême; 2° on ne se sert plus alors de la voie publique pour l'usage essentiel auquel elle est destinée, ni en vertu d'un droit absolu et commun à tous; au contraire, on ne peut pratiquer ces balcons ou saillies que par une exception à la règle générale, et en vertu d'une permission spéciale de l'autorité administrative; 3° enfin, bien loin que la sûreté et la police des villes soient intéressées à l'établissement de ces ouvrages ex-

térieurs, il est évident que ces ouvrages ne peuvent devenir qu'une occasion de difficultés entre les voisins, et qu'ils seraient même de nature, par leur proximité trop immédiate, à favoriser l'introduction des malfaiteurs dans les maisons.

Sans doute, l'autorité administrative et municipale peut accorder des permissions de ce genre; mais c'est sous la réserve des droits des tiers et des dispositions du Code Napoléon, qui garantissent les voisins contre les inconvénients et les dangers des vues trop rapprochées; et s'il est vrai qu'en fait, beaucoup de balcons sont établis ainsi dans les villes, de manière à donner des vues droites et surtout des vues obliques sur les voisins, ce n'est là qu'une simple tolérance, qui devrait cesser du jour où les intéressés réclameraient (comp. Toulouse, 18 avril 1820, Esquirol, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VI, II, 246; Dijon, 7 mai 1847, Deleschamp, Dev., 1847, II, 608; Dijon, 8 janv. 1848, David, Dev., 1849, I, 611; Cass., 17 déc. 1859, Beaugrand, *J. du P.* 1861, p. 68; Fremery-Ligneville, *Traité de la législ. des bâtiments*, t. II, n°s 595 et 605; Solon, n^c^ 291; Devilleneuve, *Observations*, 1849, I, 609).

Cette doctrine toutefois ne serait pas la nôtre; et nous croyons qu'il faut appliquer aux balcons ou autres saillies semblables, la même solution qu'aux fenêtres qui sont pratiquées dans le mur même des maisons, qui bordent la voie publique :

1° Le motif capital et décisif de cette solution, c'est que le Code Napoléon dans les articles 675 et suivants, ne s'occupe que des vues que le propriétaire d'un héritage privé exerce, *jure dominii*, sur un autre héritage privé;

Or, toutes les vues dont il s'agit ici, sont exercées, au contraire, *jure civitatis*, sur une dépendance du domaine public ou municipal; et cela est aussi vrai à l'égard des vues qui s'exercent au moyen de balcons établis en vertu de la permission de l'autorité administrative, à laquelle

seule appartient la police des rues et des places, qu'à l'égard des vues qui s'exercent au moyen de fenêtres pratiquées dans le mur même;

Donc, la distinction proposée ne saurait être admise.

2° On objecte qu'il n'appartient pas à l'administration municipale de dispenser un propriétaire de l'observation des règles prescrites par la loi civile sur les rapports entre les héritages voisins. — Il est vrai; mais apparemment il lui appartient de permettre aux riverains d'employer la voie publique elle-même à tous les genres de services que comporte sa nature, et d'autoriser, à cet effet, telles constructions qu'elle juge convenables ; et ces constructions, aussi bien que les vues qui en résultent, étant, nous le répétons, établies directement, *jure civitatis*, sur le domaine public ou municipal, conformément aux mesures administratives ou de police, qui en règlent l'usage, les voisins ne sauraient invoquer les dispositions du Code Napoléon sur le règlement des rapports des héritages privés les uns envers les autres.

3° Et voici, suivant nous, un argument encore qui le prouve : aux termes de l'article 680, lorsqu'il y a balcons ou autres semblables saillies, la distance se compte *depuis leur ligne extérieure*; cela se conçoit, lorsque les balcons sont établis sur un héritage privé, parce qu'ils en sont alors une dépendance; mais lorsque le balcon est en saillie sur la voie publique, est-ce qu'il serait possible de compter la distance depuis sa ligne extérieure? Mais cette ligne se trouve au-dessus de la voie publique elle-même; or, à l'égard des vues qui s'exercent de la voie publique elle-même sur les héritages privés, aucune distance n'est prescrite; donc, l'article 680 ne serait pas applicable; et si on n'a aucun moyen de compter alors la distance, c'est évidemment qu'il n'y a pas de distance à observer!

Supposons, par exemple, deux balcons qui vont être établis, l'un à la suite de l'autre, sur deux maisons con-

tiguës et placées sur le même alignement; est-ce qu'il y aura lieu d'observer alors une distance quelconque entre l'un et l'autre? Mais laquelle donc? Et comment la compter? L'un des propriétaires est autorisé d'abord à placer un balcon en avant de sa maison; je suppose, si l'on veut, qu'il laisse une distance de six décimètres entre la ligne extérieure de ce balcon et entre la ligne séparative de ses voisins de droite et de gauche; mais voici que l'un d'eux est autorisé lui-même à établir un balcon au devant de sa maison; les côtés de ces deux balcons vont réciproquement se faire face, et procurer, de l'un sur l'autre, une vue droite; si vous prétendez qu'il faut alors observer la distance de dix-neuf décimètres, je demande comment on comptera cette distance? Sera-ce de la ligne extérieure du balcon déjà établi? mais ce balcon n'est pas l'héritage du voisin; c'est un avancement sur la voie publique; et pourquoi prétendre alors faire reculer l'autre plutôt que celui-là? La vérité est donc que chacun des balcons peut s'avancer, de chaque côté, jusqu'à la ligne séparative, où ils se toucheront, sans qu'il y ait lieu de parler ici de vues droites ni de vues obliques, pas plus sur l'héritage de l'un que sur celui de l'autre, parce que tous les deux prennent directement leurs vues sur la voie publique, conformément aux permissions administratives qui les ont également autorisés.

Concluons donc que les articles 678 et 679 ne s'appliquent pas aux vues droites ou obliques, qui sont prises, de quelque manière que ce soit, sur la voie publique; c'est aux voisins qu'il appartient alors d'aviser aux moyens de se garantir de ces vues; et il faut remarquer, d'ailleurs, que l'inconvénient qui en résulte a pour compensation les grands avantages et même la plus-value notable que procure presque toujours aux maisons le voisinage de la voie publique (comp. Cass., 31 janvier 1826, Massienne, D., 1826, I, 150; Cass., 16 janv. 1839, Vadon-Moine, Dev., 1839, I, 399; Cass.,

27 août 1849, David, Dev., 1849, I, 609; Marcadé, art. 679, n° 2.

568. — Supposons qu'il existe, entre les vues droites ou obliques et l'héritage voisin, un mur qui dépasse la hauteur où ces vues sont ouvertes.

Faut-il dans ce cas observer la distance prescrite par les articles 678 et 679?

La négative est certaine, lorsque le mur intermédiaire appartient à celui qui est en même temps propriétaire du mur où les vues se trouvent pratiquées; car c'est alors sur son propre mur seulement que les vues donnent; mais, bien entendu, le voisin pourrait demander l'observation des distances si le mur venait à être démoli ou détruit de quelque manière que ce fût; et on ne saurait lui opposer aucune prescription pour tout le temps pendant lequel le mur aurait masqué les vues, puisqu'il était alors sans droit et sans action pour réclamer.

Les mêmes solutions sont également applicables dans les cas où le mur intermédiaire, sur lequel donnent les vues, est mitoyen.

569. — Mais que décider si ce mur, au contraire, appartient exclusivement au propriétaire voisin de celui qui a pratiqué les vues droites ou obliques donnant sur ce mur à une distance moindre que celle prescrite par la loi?

Aux termes des articles 678 et 679, on ne peut avoir des vues droites ou obliques sur l'héritage *clos ou non clos* de son voisin, qu'à une certaine distance; or, le mur du voisin fait certainement partie de son héritage; donc, on ne peut avoir des vues sur ce mur qu'à la distance déterminée par la loi. Le texte, en effet, ne s'est pas servi des mots : *terrain, maison, habitation, édifice*, qui auraient tous, plus ou moins, impliqué des restrictions; il s'est servi du mot *héritage*, dont la généralité absolue comprend toutes les parties, quelles qu'elles soient, de la propriété voisine, non-seulement les jardins, cours ou enclos, mais même aussi les bâtiments (comp. Dijon,

26 mai 1842, *J. du P.*, 1842, t. II, p. 26. Lyon, 4 nov. 1864, Vidal, Dev. 1865, II, 134; Delvincourt, t. I, p. 165, note 5; Devilleneuve, *Observations*, 1850, I, 18, note 5; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, p. 185; Perrin et Rendu, *Dict. des construct.*, n° 4211).

Cette argumentation est serrée; et pourtant, la doctrine contraire est généralement enseignée et pratiquée; c'est que, d'une part, il n'y a pas d'action sans intérêt, et, particulièrement, dans notre matière des servitudes, l'un des voisins ne peut pas prétendre restreindre, sans aucun avantage pour lui-même, l'exercice du droit de propriété de son voisin; or, lorsque la vue ne donne absolument que sur son mur, le voisin apparemment n'en est pas incommodé; donc, il ne peut pas, faute d'intérêt, invoquer les articles 678 et 679; d'autre part, on doit penser que, en effet, lorsque le législateur a interdit d'*avoir des vues* sur l'héritage clos ou non clos du voisin, il n'a entendu parler que des vues qui s'exerceraient véritablement dans l'intérieur de la propriété voisine, et non point de celles qui viendraient uniquement aboutir contre un mur faisant obstacle à toute espèce de vue sur le voisin (comp. Cass., 24 décembre 1838, Meyer, Dev., 1839, I, 56; Cass., 7 novembre 1849, Danel, Dev., 1850, I, 18; Caen, 4e ch., 2 mars 1853, Chrétien; Orléans, 27 mai 1858; Carré, Dev., 1859, II, 35; Caen, 3 déc. 1861, Lemoyne, Rec. de Caen, 1862, p. 319; Cass., 2 févr. 1863, Bonniard, Dev., 1863, I, 93; Cass., 6 févr. 1867, Bernier, D., 1867, I, 257; Toullier, t. II, n° 528; Duranton, t. V, nos 409, 410; Pardessus, t. I, n° 204; Solon, n° 295; Marcadé, art. 678, n° 2; Taulier, t. II, p. 417).

Il est bien entendu encore que ces vues devraient être supprimées ou reportées à la distance légale, en cas de démolition ou de ruine du mur voisin, ou même si celui-ci y pratiquait une ouverture, suivant les conditions déterminées par les articles 676,677.

Mais la prescription courrait-elle contre le voisin pendant tout le temps que son mur serait debout et recevrait seul les vues de l'autre propriétaire?

Quelques jurisconsultes paraissent enseigner l'affirmative, par ce motif que « si les fenêtres deviennent nuisibles au voisin, c'est par le fait de ce dernier, par un fait que n'a pas dû prévoir celui qui a bâti de bonne foi et ouvert des fenêtres qui ne préjudiciaient en rien au voisin, » (Toullier, t. II, n° 528); et Pardessus, tout en disant « qu'il est douteux que la prescription courût alors contre le voisin, » ajoute que « le plus sûr serait de l'interrompre. » (T. I, n° 204.)

Nous n'hésitons pas à penser, pour notre part, que la prescription ne saurait courir contre le voisin, tant que les vues ne donnent que sur son mur : c'est la conséquence nécessaire de la solution que nous avons adoptée; et il faudrait abandonner cette solution elle-même, si l'on concédait que celui qui ouvre sur le mur du voisin des fenêtres à une distance moindre que celle prescrite par les articles 678, 679, peut acquérir ainsi par prescription le droit de vue ; c'est précisément parce que le voisin alors ne peut pas se plaindre ni invoquer les articles 678, 679, que l'on décide que les vues peuvent être ouvertes tout près de son mur ; or, s'il ne peut pas se plaindre, ni invoquer les articles 678, 679, il est évident qu'il ne peut pas être déchu de son droit par l'effet de la prescription (comp. Cass., 24 déc. 1837 ; Meyer, Dev., 1838, I, 56 ; Cass., 2 févr. 1838, cité *supra;* Duranton, t. V, n° 410, Vaulier, t. II, p. 417 ; Solon, n° 295).

370. — Ce que nous venons de dire des vues qui ne donnent que sur le mur appartenant au voisin, il faut, par les mêmes motifs, l'appliquer également aux vues qui ne donneraient que sur son toit, s'il n'existait, sur ce toit, aucune ouverture, fenêtre ou *tabatière*, si, en un mot, le voisin n'avait évidemment aucun intérêt à invoquer l'application des articles 678, 679, parce que les

vues ne s'exerceraient pas, en réalité, dans l'intérieur de son héritage (comp. Cass., 7 nov. 1849, Danel, Dev., 1850, I, 18).

571. — La même solution nous semblerait aussi devoir être appliquée aux vues, qu'on appelle ordinairement *faîtières*, c'est-à-dire aux ouvertures qui sont pratiquées dans le toit lui-même et qui ne regardent que le ciel; le voisin, par défaut d'intérêt, ne serait pas non plus fondé à exiger l'observation de la distance légale, s'il existait, entre ces ouvertures et l'extrémité du toit, un espace suffisant pour qu'il fût impossible de regarder perpendiculairement dans son fonds (comp. Pardessus, t. I, n° 207).

572. — Des difficultés s'élèvent aussi souvent sur la nature des ouvrages à l'aide desquels s'exercent les vues, et sur le point de savoir s'ils rentrent ou non dans la classe de ceux que la loi soumet à l'observation des distances qu'elle prescrit.

Il faut remarquer, à cet égard, que tous les articles de notre section supposent que les vues sont pratiquées *dans un mur* (art. 675, 676, 678, 680), et qu'elles s'exercent au moyen de *fenêtres, balcons ou autres semblables saillies* (art. 678).

Telle est la règle; mais il convient de la bien entendre, eu égard au but essentiel que le législateur se propose; et s'il ne faut pas l'étendre au delà de ses limites, il n'importe pas moins de veiller à ce qu'elle ne puisse pas être éludée par des subterfuges ou des moyens détournés.

Or, nous croyons: 1° que sous la dénomination de *mur*, il faut ici comprendre toute construction ou clôture, de quelques matériaux qu'elle soit formée, pierres, terre, bois, etc., dans laquelle l'ouverture serait pratiquée;

2° Que les mots, *balcons ou autres semblables saillies*, comprennent tous les ouvrages quelconques, terrasses, perrons, paliers même d'escalier, etc., qui forment une

partie intégrante ou accessoire de la construction ou de la clôture, et par le moyen desquels la vue peut s'exercer sur le voisin (comp. Bordeaux, 18 mai 1858, Mouis, Dev., 1859, II, 177; Nîmes, 23 juill. 1862, Raspail, Dev., 1862, II, 456).

Ainsi, par exemple, on a demandé s'il fallait considérer comme donnant une vue sur l'héritage du voisin, la toiture d'un bâtiment, dont le plan incliné permettrait au propriétaire de s'y promener et d'en faire un lieu de repos?

La Cour de Metz a décidé la négative : « Attendu que s'il est d'usage d'établir des toitures sur un plan plus ou moins incliné, rien ne défend de leur donner une forme plane ou horizontale; que rien ne défend non plus au propriétaire d'une maison ainsi couverte de se transporter sur la toiture, et d'en faire une sorte de belvédère ou de lieu de repos.... » (25 mai 1848, Richon, Dev., 1850, I, 19.)

Mais cette solution est, à notre avis, tout à fait inadmissible : sans doute, chacun peut faire le toit de sa maison comme bon lui semble; mais nul ne peut se procurer, sur le fonds du voisin, des vues à une distance moindre que celle prescrite par les articles 678, 679; or, en vérité, est-ce bien sérieusement que l'on ne considère que comme un toit cette surface plane, sur laquelle on peut se promener, s'asseoir, et où, dans l'espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Metz, on avait même établi un kiosque? Est-ce que ce n'est pas là, principalement et avant tout, eu égard aux vues qui en résultent, un véritable balcon, établi sur la maison elle-même? car, ainsi qu'on l'a très-bien dit, l'usage apparemment n'est pas de se promener sur les toits, ni de s'y asseoir! Aussi, la Cour de Caen a-t-elle beaucoup plus exactement, suivant nous, décidé que lorsque le toit d'un appentis ou hangar est disposé de manière à permettre d'y marcher, il constitue une véritable plate-forme, et que le

voisin peut en demander la suppression, s'il donne des vues sur sa propriété (1er déc. 1837, Lécluse, *Rec. de Caen*, t. II, p. 100; comp. Caen. 12 avril 1864, Letertre, *Rec. de Caen et de Rouen*, 1866, p. 102, et Dev., 1867, II, 17).

573. — Pareillement, nous croyons qu'il faudrait considérer comme donnant une vue pour laquelle la distance légale devrait être observée, une terrasse, fût-elle composée seulement de terres rapportées, qui formerait un accessoire ou un appendice d'une construction ou d'une clôture; ce serait là comme une sorte de balcon fait en terre (arg. de l'article 678; comp. Cass., 28 déc. 1863, Pedencoig, Dev., 1864, I, 123; Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 2, n° 1; Toullier, t. II, n° 520; Frémy-Ligneville, *Code des Architectes*, t. II, n° 505; Destrem sur Desgodets, n° 530).

574. — Mais est-ce à dire que toute espèce d'exhaussement, que pourrait faire un propriétaire dans son fonds, constituera une vue, pour laquelle il faudrait observer la distance légale?

Il n'en saurait être ainsi; et c'est avec raison, à notre estime, que la Cour de Paris a décidé que des piles de bois élevées dans un chantier, ne doivent pas être considérées comme fournissant des vues droites sur la propriété du voisin, encore bien que les personnes chargées du placement et du déplacement du bois, puissent voir momentanément dans cette propriété (6 août 1833, Claisse, D., 1833, II, 237).

L'arrêt paraît, toutefois, prendre en grande considération cette circonstance, que ces piles de bois n'étaient élevées que *temporairement;* et M. Solon, en approuvant cette décision, insiste également sur ce fait (n° 297). Mais la décision devrait être, suivant nous, la même dans le cas où l'exhaussement serait fait à perpétuelle demeure, à l'aide, par exemple, de terres rapportées dont on aurait fait ainsi une petite éminence en plein air, et de laquelle

on ne pourrait pas voir sans être vu. Si ce monticule n'était la dépendance ou l'accessoire d'aucune construction ou d'aucune clôture, il ne constituerait pas une vue, dans le sens des articles 678 et 679; et le voisin n'aurait d'autre moyen de se garantir de la vue que d'élever un mur de séparation.

575. — A plus forte raison, en est-il de même, dans le cas où les deux héritages limitrophes sont naturellement de hauteur inégale, de telle sorte que le fonds supérieur forme une sorte de terrasse de laquelle on peut voir dans le fonds inférieur.

Mais, bien entendu, les articles 678 et 679 ne sont alors inapplicables qu'autant que le propriétaire supérieur ne change pas la situation naturelle des lieux; et s'il voulait construire un mur, il ne pourrait y ouvrir des fenêtres qu'à la distance prescrite par ces articles (comp. Pardessus, t. I, n° 204).

Seulement, il convient d'examiner attentivement le caractère des ouvrages que le propriétaire supérieur pourrait faire en cas pareil; car il se pourrait qu'il fût reconnu qu'il n'en résulte pas de vues prohibées, et qu'il n'a fait, par exemple, que consolider sa terrasse, afin d'empêcher l'éboulement des terres (comp. *supra*, n° 60; Caen, févr. 1842, Morin-Angot, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 116; Orléans, 19 janvier 1849, Viot, Dev., 1849, II, 556).

576. — Enfin, remarquons que chacun peut clore, en général, son héritage de telle manière que bon lui semble (excepté, bien entendu, dans les villes et faubourgs, lorsque le voisin invoque l'article 663); mais, à part cette disposition, un propriétaire peut établir, sur la ligne séparative de son fonds et du fonds voisin, une claire-voie, si, en fait, la disposition en est telle qu'elle ne crée pas, comme dit Solon (n° 296), un droit nouveau, c'est-à-dire si les deux voisins demeurent à peu près dans la même position qu'auparavant, de manière que l'un ne puisse pas voir chez son voisin mieux ni autrement que l'autre

voisin ne peut voir réciproquement chez lui (comp, Cass., 3 août 1836, Barril, Dev., 1836, I, 744 ; Caen, 19 mai 1837, com. de Sotteville, *Rec. de Caen*, t. I, p. 421 ; *supra*, n° 562).

C'est là d'ailleurs une question de fait et d'appréciation. Toutefois, du motif même que nous venons de donner, il résulte que la claire-voie devrait être considérée comme une *vue*, si elle était garnie de volets ouvrant à volonté.

577. — 4° Lorsque les distances prescrites par les articles 678 et 679 n'ont pas été observées, dans les cas où elles doivent l'être, le voisin a, bien entendu, le droit de demander que les ouvertures soient supprimées, ou du moins qu'elles soient ramenées dans les conditions légales.

Mais il peut arriver aussi qu'il n'y soit pas fondé ; et alors, son héritage, se trouvant en dehors du droit commun, serait grevé d'une véritable servitude.

Cette servitude peut résulter :

A. Soit d'un titre ;

B. Soit de la destination du père de famille ;

C. Soit de la prescription.

578. — A. Lorsqu'il existe un titre, c'est dans les clauses mêmes de l'acte que l'on doit rechercher, d'après les règles ordinaires d'interprétation, quels sont le caractère et les effets de la servitude qui a été établie (art. 1156 et suiv. ; Cass., 26 juill. 1831, Fuchy, Dev., 1831, I, 346 ; Caen, 4 nov. 1841, Le Bruman, *Rec. de Caen*, t. V, p. 366).

A cet égard, il faut remarquer que l'on distingue trois sortes différentes de servitudes de jours ou de vues :

1° La servitude de *jour* seulement, *jus luminum*, par laquelle le propriétaire du fonds dominant acquiert le droit de recevoir le jour extérieur pour éclairer un appartement ; elle s'exerce ordinairement par de simples ouvertures pratiquées à une assez grande hauteur sans appuis, ni accoudoirs, ni volets ;

2° La servitude de vue proprement dite, *ne luminibus officiatur*, qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de voir au dehors, qui s'exerce au moyen de fenêtres ouvrantes, placées à hauteur d'appui, ou de balcons, ou autres saillies semblables;

3° Enfin, la servitude de prospect, *jusprospectus*, *ne prospectui officiatur*, qui lui permet de jouir du point de vue aussi loin en général qu'il peut s'étendre (comp. Vinnius, *Inst.*, lib. II, titre III, n° 8; Heineccius, *Inst.*, part. II, liv. VIII, tit. II, § 147; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 536, note *a*).

C'est le titre, quand il y en a un, qui dira quelle espèce de servitude a été constituée, en quel nombre, suivant quelles dimensions en hauteur et en largeur, et à quels endroits devront être pratiqués soit les jours, soit les vues.

Et quant à l'étendue des droits et des obligations qui en résultent de part et d'autre, elle dépendra aussi nécessairement de l'espèce de servitude qui aura été créée.

Est-ce une simple servitude de jour, *jus luminum?* le propriétaire servant n'est tenu que de laisser au fonds dominant un jour suffisant pour que la servitude remplisse sa destination; il peut donc planter et bâtir, *modo tantum luminis vicino relinquat*, *quantum ad usum diurnum sufficiat* (Vinnius, *loc. supra cit.*); et notons surtout que cette espèce de servitude ne grève que la partie supérieure du fonds voisin, celle-là d'où vient la lumière, *quum lumen sit ex superiore loco* (Vinnius, *de Servit.urb. præd.*, n° 9), et que dès lors le propriétaire servant peut faire tout ce qui lui convient sur la partie inférieure à l'ouverture du simple jour.

S'agit-il d'une servitude de vue, *ne luminibus officiatur?* si le titre détermine à quelle distance le propriétaire du fonds servant ne pourra pas construire, cette clause fait la loi des parties. Mais que décider, dans le silence du titre sur ce point? Il est évident que celui qui a concédé à

son voisin la faculté d'ouvrir des fenêtres sur son héritage, s'est par cela même tacitement engagé à ne pas rendre cette concession inutile et dérisoire, en obstruant les vues par des constructions (arg. des articles 696 et 1135); cela posé, c'est d'abord, d'après les circonstances particulières du fait, qu'il faudra déterminer, si le titre ne s'en explique pas, la distance qui devra être laissée libre à partir des ouvertures où les vues sont pratiquées; mais, en l'absence de toutes circonstances spéciales, on pensait autrefois, et l'opinion générale est encore aujourd'hui qu'il convient alors d'observer la distance prescrite par la loi pour l'ouverture des vues droites ou obliques sur l'héritage du voisin; et cela est, en effet, fort rationnel, puisque cette distance peut être considérée comme celle sur laquelle s'exercent principalement ces sortes de vues (comp. Cass., 24 juin 1823, Lacombe, Sirey, 1824, I, 26; Cass., 26 juillet 1831, Fuchy, Dev., 1831, I, 346; Cas., 7 mars 1855, Arnoux; et 31 juill. 1855, Lottero, Dev., 1856, I, 392-396; Desgodets, sur l'article 208 de la cout. de Paris, n° 20; Toullier, t. II, n°s 237 et 312; Demante, t. II, n° 535 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 321; Zachariæ, t. II, p. 61; Solon, n° 277; Taulier, t. II, p. 418).

Enfin, lorsque le titre établit une vue de prospect, *jus prospectus*, la règle est, en général, qu'il donne au propriétaire dominant le droit de s'opposer à ce que le propriétaire du fonds servant y fasse aucune construction ni plantation qui serait de nature à restreindre l'étendue du *prospect* ou à en diminuer l'agrément; cette servitude, la plus onéreuse de toutes, renferme donc les servitudes *non ædificandi et non altius tollendi*, et bien plus encore, puisqu'elle s'oppose non-seulement aux constructions, mais encore aux plantations que le propriétaire voisin voudrait faire (comp. Astruc, *des Servit.*, chap. I; Solon, n° 277).

Nous reviendrons encore d'ailleurs sur les effets des servitudes de jour et de vues (*infra*, n°s 916 et suiv.).

379. — B. On reconnaît généralement que la solution, que nous venons de présenter pour le cas où il existe un titre, est aussi applicable au cas où la servitude de jour ou de vue résulte de la destination du père de famille; car cette destination *vaut titre*, dit l'article 692.

Les ouvertures qui existent au moment où les deux fonds, d'abord réunis dans la main d'un seul propriétaire, se séparent, ces ouvertures doivent donc être maintenues; l'état des lieux, à ce moment, sous le rapport du nombre des jours ou fenêtres, de leurs dimensions, et de la place où ils sont pratiqués, fait désormais la loi commune des héritages.

Et dans ce cas aussi, le propriétaire de l'héritage qui se trouve grevé de la servitude, ne peut faire aucune construction, dont le résultat serait de la rendre illusoire ou plus incommode (art. 701).

Si c'est une simple servitude de jour, il doit donc laisser au fonds voisin la lumière suffisante, eu égard à la destination de ce jour, *ad usum diurnum* (*supra*, n° 578).

Et s'il s'agit d'une servitude de vue, *ne luminibus officiatur*, il ne peut non plus, à moins de clauses particulières dans l'acte, élever de constructions qu'à la distance requise par les articles 678 et 679, suivant que la vue qu'il doit supporter, est droite ou oblique (comp. Cass., 23 avril 1817, Fontaine, Sirey, 1817, I, 336; Cass., 24 juin 1823, Lacombe, Sirey, 1824, I, 26; Cass., 26 juill. 1831, Fuchy, Dev., 1831, I, 346; Pau, 12 déc. 1834, de Belleville, Dev., 1835; II, 393; Paris, 29 janv. 1841, *J. du P.*, t. I, de 1841, p. 223; Paris, 28 févr. 1841, *J. du P.*, t. I, de 1841, p. 386; Angers, 8 juill. 1843, *J. du P.*, t. II, de 1843, p. 653; Caen, 4 nov. 1841, Lebruman, *Rec. de Caen*, t. V, p. 366; Toullier, t. II, n° 533; Pardessus, t. II, n° 292; Duranton, t. V, n° 326; Solon, n° 304; Zachariæ, t. II, p. 61).

380. — C. Reste enfin le cas où c'est par prescription que la servitude de jour ou de vue a été établie.

Lorsqu'un propriétaire a eu, pendant trente ans, sur le fonds de son voisin, soit des jours qui n'étaient pas conformes aux prescriptions des articles 676 et 677, soit des vues qui n'étaient pas à la distance requise par les articles 678 et 679, tout le monde convient que le voisin ne peut plus demander purement et simplement que ces jours ou ces vues soient supprimés ni ramenés dans les conditions légales. Le propriétaire qui les a exercés pendant tout ce temps, a donc le droit de les conserver tels qu'il les a exercés, aux mêmes places, en même nombre, et dans les mêmes dimensions (art. 2262).

Sur ce point, pas de controverse, en admettant, bien entendu, qu'il ne soit pas constaté, en fait, que les jours n'existaient qu'à titre de tolérance et ne réunissaient pas les conditions nécessaires pour être acquis par prescription (comp. Cass., 18 juill. 1859, de Vesel, Dev., 1860, I, 271).

Mais c'est, au contraire, une question grave et fort débattue, que celle de savoir si le voisin ne peut pas du moins : soit bâtir sur son fonds sans observer aucune distance, lors même que les jours ou les vues de l'autre propriétaire en seraient plus ou moins obstrués; soit acheter la mitoyenneté du mur dans lequel seraient pratiqués les jours ou les vues, et y appliquer ensuite des constructions ou autres ouvrages quelconques, par suite desquels ces jours ou vues se trouveraient complétement bouchés.

D'après une doctrine accréditée par d'imposants suffrages, le voisin conserverait, même après les trente ans, ce double droit; et voici par quels moyens on a entrepris de l'établir :

1° De cela seul qu'un héritage est affranchi, par la prescription, d'une servitude passive qui le grevait, il ne s'ensuit évidemment pas qu'il ait acquis à son tour une servitude active;

Or, le propriétaire qui a eu, pendant trente ans, sur

l'héritage du voisin, des jours ou des vues sans observer les conditions prescrites par les articles 676 et suivants, s'est seulement affranchi de la servitude légale, que ces articles lui imposaient; il n'a fait que recouvrer ainsi lui-même la liberté naturelle de son propre fonds, que ces dispositions avaient limitée et asservie;

Donc, il a cessé uniquement d'être fonds servant; mais il n'est pas du tout devenu, pour cela, fonds dominant (art. 706).

2° Lors même que l'on voudrait prétendre que la possession trentenaire de ces jours ou de ces vues constitue non pas la simple libération d'une servitude passive imposée par la loi, mais l'acquisition d'une servitude active sur le fonds du voisin, on n'en serait pas plus avancé.

En effet, l'acquisition par la prescription est rigoureusement bornée à l'étendue de la possession elle-même, qui lui sert de base ; d'où la maxime célèbre : *tantum præscriptum, quantum possessum;*

Or, le propriétaire a bien possédé, pendant trente ans, ses jours ou ses vues en dehors des conditions prescrites par la loi ; il a possédé ses jours, par exemple, sans treillis de fer ni châssis dormant; il a possédé ses vues à une distance moindre de six pieds ou de deux pieds du fonds voisin; mais il n'a rien possédé sur le fonds voisin lui-même;

Donc, il a seulement acquis le droit de conserver ses jours et ses vues dans les conditions où il les a possédés; donc, il n'a acquis sur le fonds du voisin aucune servitude quelconque, qui lui donne le droit d'empêcher le propriétaire de ce fonds de bâtir ou de planter, ou d'acheter la mitoyenneté du mur.

Et il est d'autant plus impossible qu'il ait acquis, par la prescription, cette servitude, que, d'une part, la servitude *non ædificandi*, étant non apparente, ne peut résulter de la prescription (art. 690); et, d'autre part, que c'était, pour le propriétaire voisin, un acte de pure fa-

culté que de planter ou bâtir sur son propre fonds, ou d'acheter la mitoyenneté; pure faculté, dont il ne pouvait être déchu par l'effet de la prescription, tant qu'aucune possession contraire ou contradiction quelconque ne le mettait en demeure de l'exercer (art. 2232); or, encore une fois, de cela seul que le propriétaire voisin avait ouvert, sur son propre fonds, des jours ou des vues sans observer les conditions prescrites par la loi, il n'en résultait aucune possession, pour lui, sur le fonds même de son voisin (comp. Cass., 10 janv. 1810, Morant, Sirey, 1810, I, 176; Pau, 12 avril 1826, Huart, Sirey, 1826, II, 14; Nîmes, 21 déc. 1826, Reynaud, Sirey, 1827, II, 88; Pau, 12 déc. 1834, Mastagli, Dev., 1836, II, 301; Cœpolla, tract. II, cap. LXXVI, n° 10; Julien, *Statuts de Provence*, t. II, p. 552; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Servit.*, § 3; Toullier, t. II, n° 544; Pardessus, t. II, n° 312 et note K, p. 392; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 60).

La solution contraire paraît toutefois aujourd'hui triompher dans la jurisprudence des Cours impériales et surtout de la Cour de cassation; et nous croyons, pour notre part, qu'elle est aussi doctrinalement la meilleure et la plus vraie :

1° Nous nous sommes suffisamment expliqué déjà sur l'argument, qui consiste à dire que le propriétaire qui a eu, pendant trente ans, sur son voisin, des jours et des vues contrairement aux dispositions des articles 676 et suivants, n'a fait que libérer son fonds d'une servitude passive. Nous avons établi que les différentes restrictions que le législateur, dans l'intérêt commun des voisins, impose également à chacun d'eux, constituent le droit commun de la propriété en France, et qu'elles n'ont, dès lors, en aucune façon, le caractère de servitudes (*supra*, n° 8); et la preuve en ressort ici manifestement de notre question même.

En effet, si le propriétaire, après trente ans, n'avait fait que libérer son propre fonds d'une servitude passive,

sans acquérir sur le fonds du voisin une servitude active, il faudrait dire que les jours et les vues qu'il a ouverts contrairement aux dispositions de la loi, il les a ouverts *jure dominii* et non pas *jure servitutis;* et c'est bien là qu'en est venu Merlin, qui disait, devant la Cour de cassation, que c'est véritablement *jure proprietatis*, qu'il a ouvert des fenêtres à une distance moindre que celle prescrite par la loi, et *qu'il n'a pu les ouvrir* jure servitutis, *parce qu'en se libérant par la prescription d'une servitude passive, il n'a point acquis de servitude active sur son voisin* (*Quest. de droit*, v° *Servit.*, § 3, p. 695, col. 2).

Or il nous paraît, de tout point, impossible de soutenir que c'est *jure proprietatis* que le propriétaire a pu ouvrir d'abord et qu'il peut ensuite conserver, par l'effet de la prescription, des jours et des vues à une distance prohibée; car la règle générale est, au contraire, qu'en vertu de son droit de propriété, tel que la loi le consacre et le reconnaît, il n'aurait pas pu ouvrir des jours ou des vues à cette distance.

Donc, c'est par exception à la règle générale du droit de propriété, donc c'est seulement *jure servitutis* que ces jours et ces vues peuvent désormais subsister.

Et ce syllogisme prouve, en même temps, combien peu est fondé l'argument, que la doctrine contraire a prétendu trouver dans l'article 9 de la coutume de Nivernais, au titre *des Servitudes réelles*, et qui est ainsi conçu :

« Si, en mur propre et non commun, est fait vue ouverte ou fenêtre au préjudice de son voisin, icelui voisin peut y pourvoir par bâtiment fait au contraire, ou par autres voyes de droit, sinon qu'il y eût titre au contraire, ou *possession après contradiction, en laquelle le contredisant fût demeuré paisiblement pendant trente ans.* »

On ne saurait mieux marquer la différence qui existe entre les vues pratiquées *jure dominii* et les vues pratiquées *jure servitutis.*

Pour les premières, il est très-vrai qu'elles n'empêchent pas le voisin *d'y pourvoir par bâtiment fait au contraire;* et tel était, en effet, le droit commun dans l'ancienne province de Nivernais; la coutume y laissait chacun libre d'ouvrir, dans son mur, telles vues que bon lui semblait; et nous avons même déjà dit que Coquille trouvait ce régime fâcheux et peu politique (quest. 297; *supra,* n° 527).

Mais aussi le même article 9 ajoutait que le voisin ne pouvait plus bâtir ou construire, si les vues existaient depuis plus de trente de possesion après contradiction, c'est-à-dire précisément si elles avaient existé, non plus d'après ledroit commun, *jure dominii,* mais par exception, *jure servitutis;*

Or, encore une fois, les vues, qui, sous l'empire de notre Code, ont existé, pendant trente ans, à une distance prohibée, n'ont pu exister que par exception au droit commun de la propriété, et *jure servitutis*;

Donc, d'après les principes mêmes de la coutume de Nivernais, ils font obstacle à ce que le voisin puisse *y pourvoir par bâtiment fait au contraire.*

2° Mais c'est là encore ce que l'on nie! On prétend qu'en admettant même qu'il y ait ici acquisition d'une servitude, cette servitude, limitée à l'étendue de la possession, consiste uniquement, pour le propriétaire des jours ou des vues, dans le droit de les conserver et de ne pouvoir pas être contraint de les boucher lui-même; mais qu'elle ne lui donne pas le droit d'empêcher le voisin de faire, sur son propre fonds, ce que bon lui semble, ou d'acheter la mitoyenneté du mur et d'en exercer ensuite tous les droits.

Plusieurs réponses se présentent, également décisives, suivant nous, et que l'on peut déduire des textes mêmes, des principes et de la raison :

D'après l'article 690, les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans; et

les servitudes de vues étant tout à la fois continues (art. 688) et apparentes (art. 689), sont en conséquence susceptibles d'être acquises de cette manière.

Or, il ne serait pas vrai de dire que la servitude d jour ou de vue est acquise par la possession de trente ans, si le voisin pouvait, par des constructions, la diminuer ou l'obstruer même complétement; ce serait là une dérision!

Donc, puisqu'il est certain que la servitude est acquise, la conséqence en est inévitablement que le voisin qui en est grevé, ne peut la rendre illusoire (art. 701).

Et les textes, ainsi entendus, sont très-conformes aux principes et à la raison.

D'abord, il n'est pas du tout exact d'objecter que celui qui a ouvert des vues à une distance prohibée, n'a rien possédé sur le fonds du voisin; un ancien disait, fort justement, que c'est presque la même chose de porter les pieds ou les yeux dans la maison d'autrui (Xénocrate, d'après Plutarque; *voy.* Huberus, *Inst.*, lib. II, tit. I, n° 41) : et Duaren pensait aussi de même : « *Qui fenestram in suo pariete ponit, aliquid immittit in alienum; quod non licet citra constitutionem servitutis; immittit enim oculos.* » (Disput. 58.)

En second lieu, on reconnaît que la servitude de vue établie soit par titre, soit par la destination du père de famille, oblige le propriétaire du fonds servant à ne point bâtir de manière à la rendre illusoire; et cela, lors même que le titre garde le silence le plus absolu sur la distance qui devra être laissée pour l'exercice de la servitude de vue (*supra*, n°s 578, 579);

Or, d'une part, les mêmes servitudes qui s'établissent par la destination du père de famille, s'établissent aussi par la prescription (art. 690, 692); d'autre part, la prescription repose sur la présomption d'un consentement tacite de la part du propriétaire servant à l'établis-

sement de la servitude; elle suppose l'existence d'un titre ancien qui a été perdu ou détruit;

Donc, la différence que l'on veut faire, quant aux effets, entre la servitude de vue établie par titre ou par destination du père de famille, et la servitude de vue établie par prescription, cette différence est, sous tous les rapports, démentie par les principes et par la raison. Dans tous les cas, on peut également dire : qui veut la fin veut les moyens; et tel était, en effet, l'esprit évident de la législation romaine, d'après la loi 11, ff. *de servitutibus prædiorum urbanorum*, et la loi 1, au Code, *de servitutibus et aqua* (comp. Bordeaux, 10 mai 1822, Fernelle, Sirey, 1822, II, 266; Montpellier, 28 déc. 1825, Debat, Sirey, 1826, II, 230; Grenoble, 1er août 1827, Mermet, Sirey, 1828, II, 180; Nancy, 7 fév. 1828, Gérard, Sirey, 1829, II, 178; Toulouse, 21 avril 1830, Lagarde, Sirey, 1831, II, 329; Cass., 1er déc. 1835, Hanus, D., 1836, I, 115; Cass., 21 juill. 1836, Thomas, Dev., 1836, I, 529; Montpellier, 15 nov. 1847, Mazars, Dev., 1848, II, 125; Cass., 22 août 1853, Guignet, D., 1854, I, 247; Serres, *Inst. au droit français*, liv. II, titre III, § 1; Delvincourt, t. I, p. 577; Duranton, t. V, n° 326; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 534, note *a*; Marcadé, art. 678, n° 3; Demante, t. II, n° 535 *bis*, II, et 535 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, nos 321, 324; Solon, nos 303, 305; Coulon, *Quest. de droit*, t. I, p. 328; Vazeille, *des Prescript.*, t. I, p. 413-418; Taulier, t. II, p. 418, 419).

581. — Et puisque nous assimilons, dans ce cas, l'effet de la prescription à celui du titre ou de la destination du père de famille, la conséquence en est que le voisin ne pourra, à moins de circonstances particulières, faire des constructions qu'à la distance que la loi exige, pour les vues droites ou obliques, entre le mur où on les pratique et l'héritage du voisin, c'est-à-dire à six pieds ou à deux pieds du mur où les vues droites et obliques existeraient depuis trente ans (*supra*, 578).

Mais ne pourrait-on pas même aller plus loin, et soutenir, par exemple, que si le mur où sont pratiquées les vues droites depuis plus de trente ans, se trouve sur la ligne séparative des héritages, ce n'est désormais qu'à la distance de douze pieds, et non pas seulement de six pieds, que le propriétaire voisin pourra ouvrir lui-même des vues droites sur son fonds? non, sans doute; et ce serait là une évidente exagération. En vain le propriétaire du fonds dominant dirait que s'il n'avait ouvert ses fenêtres qu'à six pieds de la ligne séparative de son fonds avec le fonds du voisin, celui-ci n'aurait pu, de son côté, ouvrir des fenêtres qu'à la distance de six pieds de cette ligne séparative, et que les vues réciproques se seraient ainsi trouvées à une distance de douze pieds l'une de l'autre, et que par l'effet de la prescription acquisitive, il doit jouir des mêmes avantages que s'il était lui-même à six pieds de la ligne de délimitation. La réponse est facile; c'est qu'il ne s'agit pas, ici, de mettre le propriétaire dominant au même état que s'il avait ouvert ses vues à la distance légale; tel n'est pas du tout son droit; il ne s'agit que d'empêcher le voisin de porter atteinte à son droit de vue; or, s'il avait, comme il le suppose lui-même, ouvert ses fenêtres à une distance de six pieds de la ligne séparative, le voisin aurait pu construire sur cette ligne même un mur sans ouverture, sans qu'il eût été fondé à prétendre qu'on nuisait ainsi à sa vue; donc, la distance de six pieds est considérée, par la loi elle-même, comme suffisante pour l'exercice de la vue droite; et c'est là seulement tout ce qu'il faut garantir à celui qui a acquis par prescription cette servitude de vue (comp. Cass., 28 févr. 1814, Kellerman, D., 1814, I, 186; Grenoble, 3 déc. 1830, Constantin, Dev., 1831, II, 91; Marcadé, art. 678, n° 4).

382. — Il est presque inutile de faire remarquer que la servitude de vue une fois établie, par titre, par destination du père de famille ou par prescription, survivrait à

la destruction ou à la démolition du mur, si la reconstruction en était faite avant que la prescription fût acquise (comp. art. 665, 703, 704; *supra*, n° 420).

583. — On peut supposer un cas où le propriétaire, ayant ouvert des vues à la distance prescrite par les articles 678 et 679, le voisin acquerrait ensuite la propriété de cette distance intermédiaire entre les vues et la ligne originairement séparative des deux héritages.

Est-ce donc qu'il pourrait invoquer alors l'application de ces articles et demander la suppression des vues?

Évidemment non! La servitude, en effet, étant continue et apparente, se trouvera établie par la destination du père de famille (art. 692; arg. de l'article 1638).

Et, pour le cas où c'est par prescription que le voisin aurait acquis la propriété de l'espace intermédiaire, il est clair qu'il faudrait appliquer la maxime : *tantum præscriptum quantum possessum;* or, il n'aurait possédé qu'un terrain grevé d'un droit de vue; donc, il n'aurait pu acquérir, par l'effet de sa possession trentenaire, que le terrain même qu'il aurait possédé, tel qu'il l'aurait possédé, *cum sua causa*, et par conséquent, avec le droit de vue, auquel il était assujetti (comp. Pardessus, t. I, n°s 208 et 215). Rien ne s'oppose d'ailleurs, suivant nous, à ce que l'on dise, même dans ce dernier cas, que la servitude résultera aussi de la destination du père de famille, puisque ces deux portions d'héritages ont appartenu au même propriétaire, et que l'état des lieux, qui constitue la servitude, existait au moment de leur séparation; or, les articles 692 et 693 n'exigent pas autre chose; et en conséquence, la servitude peut naître de la destination du père de famille, lors même que la division des héritages s'est opérée par la prescription de l'un d'eux.

SECTION IV.

DE L'ÉGOUT DES TOITS.

SOMMAIRE.

584. — Exposition. — Caractère de la disposition écrite dans l'article 681.
585. — Les gouttières ne doivent pas faire saillie sur le fonds du voisin, lors même qu'elles ne lui enverraient pas les eaux.
586. — Il résulte de l'article 681, que les eaux pluviales des toits ne doivent, en aucun cas, s'écouler sur le fonds des voisins. — Conséquences.
587. — Suite.
588. — Suite.
589. — Suite.
590. — Suite. — Le maître du bâtiment conserve la propriété de l'espace de terrain qu'il aurait réservé entre l'égout de son toit et la ligne séparative des deux fonds. — Conséquences.
591. — Suite.
592. — Le maître du bâtiment doit-il être présumé propriétaire de la bande de terrain qu'il est d'usage de laisser au delà du mur, entre l'égout des toits et le fonds du voisin?
593. — Suite. — En cas d'affirmative, quel est le caractère de cette présomption? Et par quels moyens peut-elle être combattue?
594. — Suite.
595. — La servitude de stillicide peut d'ailleurs être acquise par titre, par destination du père de famille ou par prescription.
596. — La servitude d'égout peut être établie aussi dans l'intérêt du propriétaire voisin du bâtiment, d'où les eaux s'écoulent.
597. — Du droit, qui appartient à tout propriétaire, de faire verser l'égout de ses toits sur la voie publique.

584. — Aux termes de l'article 681 :

« Tout propriétaire doit établir des toits de manière « que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur « la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds « de son voisin. »

Cette disposition ne constitue pas, à vrai dire, une servitude légale; car elle n'impose aucune restriction au droit de propriété; et elle n'est qu'une application de cette règle générale qui ne permet au propriétaire de faire chez lui tout ce qu'il veut, qu'à la condition de ne rien envoyer sur le fonds du voisin : *quatenus nihil immittat in alienum* (L. 8, § 5, ff., *si servit. vindic.*). Ce n'est, en effet, qu'à

l'égard des eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur et sans que la main de l'homme y ait contribué, que l'article 640 impose au fonds inférieur l'obligation de les recevoir; et sous ce rapport, lorsque l'article 681 défend au propriétaire de faire verser les eaux pluviales de son toit sur le fonds de son voisin, il n'est, en réalité, qu'un exemple, qui peut être appliqué aussi bien qu'aux eaux pluviales, à toutes les eaux quelconques, ménagères et industrielles (*supra*, n°s 23 et suiv.).

Si le législateur s'est plus spécialement occupé de l'égout des toits, c'est sans doute parce que cette hypothèse est la plus fréquente et la plus habituelle (comp. Colmar, 5 mars 1819, Roth, Sirey, 1820, II, 150; Cass., 15 mars 1830, Jousse, Sirey, 1830, I, 271; Cass., 19 juin 1865, D'Hiernat, Dev., 1865, I, 337).

585. — Notons bien d'ailleurs que notre article 681 ne se borne pas à dire que les toits doivent être établis de manière à ne pas faire saillie sur le fonds du voisin; cette règle était déjà écrite dans l'article 552, qui porte que la propriété du sol emporte la propriété du *dessus* et du dessous, et qui défend, par conséquent, à tout propriétaire de rien avancer et de rien suspendre au-dessus de l'héritage d'autrui.

Aussi le voisin serait-il fondé à demander la suppression des gouttières, qui dépasseraient la limite séparative des deux fonds, et qui s'avanceraient sur le sien, lors même que les gouttières auraient été établies de manière à recueillir les eaux pour les rejeter ensuite d'un autre côté; car le propriétaire du toit s'arrogerait ainsi une véritable servitude, *protegendi vel projiciendi*. Ce n'est pas, il est vrai, l'article 681 qui serait alors violé au préjudice du voisin; mais c'est l'article 552 (comp. notes de Goupy sur Desgodets, art. 196 de la cout. de Paris, n° 12; Pardessus, t. I, n° 212; Toullier, t. II, n° 537; Demante, t. II, n° 536).

586. — La véritable portée de l'article 681, et ce qui

lui donne le caractère d'une servitude légale, consiste donc en ceci : que les gouttières, même étant établies de façon à ne faire aucun avancement sur le fonds du voisin, il faut encore et en outre que ces gouttières ne versent pas les eaux pluviales sur ce fonds.

Et ces mots de notre article : *les faire verser,* doivent être entendus d'une manière large, conformément au motif évident de la loi ; or, ce motif est d'empêcher que, d'une manière quelconque, la construction d'un toit ne cause, au fonds du voisin, un préjudice, résultant de l'écoulement des eaux pluviales.

Peu importe, en conséquence, de quelle manière les eaux s'écouleraient sur le fonds du voisin, soit goutte à goutte, *per stillicidium,* soit en ruisseau, *per flumen* (Cœpolla, tract. I, cap. XXVIII); il n'y a pas à distinguer davantage si elles tombent immédiatement sur son fonds, ou bien si elles n'y arrivent ensuite qu'après être tombées d'abord sur le fonds du propriétaire du toit, qui aurait été construit trop près de la ligne séparative, ou sans les précautions nécessaires.

En aucun cas, il ne peut arriver que le voisin soit tenu de supporter cet écoulement des eaux, qui provient du fait de l'homme.

587. — La conséquence en est que le propriétaire qui fait construire un bâtiment près de la ligne séparative de son fonds d'avec le fonds voisin, doit prendre les précautions nécessaires afin de garantir le fonds limitrophe de tout préjudice de ce genre.

Le plus prudent serait peut-être, en pareil cas, de faire déterminer par experts, contradictoirement avec le voisin, les mesures qu'il convient de prendre.

Il est rare toutefois que cette précaution soit employée ; et deux autres mesures, indiquées d'ailleurs par la nature même des choses, sont ordinairement prises par le propriétaire constructeur.

L'une consiste à placer des gouttières (sans avance-

ment, bien entendu, sur le fonds du voisin), et qui rejettent les eaux sur le fonds du propriétaire de la maison ou sur la voie publique; et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire de laisser une portion quelconque de terrain au delà de la saillie des gouttières; il suffit que cette saillie ne s'avance pas sur le voisin.

L'autre consiste à laisser, au contraire, un certain espace entre le parement extérieur du mur et la limite séparative des deux fonds, afin que le toit qui dépasse toujours le parement extérieur de la muraille, verse les eaux sur cet espace réservé.

Et encore, faudrait-il, dans ce cas, que cet espace fût pavé, si le voisin était propriétaire d'un mur sur la limite séparative, afin d'empêcher les eaux de nuire aux fondements de ce mur.

Il en serait de même, si le mur était mitoyen; car l'un des copropriétaires ne peut pas, dans son seul intérêt, en compromettre la solidité et la durée, et forcer ainsi l'autre à contribuer à des réparations et à des reconstructions plus fréquentes.

Et c'est avec raison que l'on a aussi appliqué la même solution au cas où le voisin possédait, sous le terrain même qui recevait l'égout des toits, une cave dont les voûtes pouvaient être dégradées par l'infiltration des eaux (comp. Cass., 13 mars 1827, Anglade, Sirey, 1827, I, 360; Desgodets sur l'article 219 de la cout. de Paris, n° 114; Toullier, t. II, n° 538; Pardessus, t. I, n° 213; Marcadé, art. 681, n° 1; Taulier, t. II, p. 420; Daviel, t. III, n° 753; Solon, n° 307; Demante, t. II, n° 536, II).

538. — La largeur du terrain, que le propriétaire du bâtiment doit ainsi réserver entre son toit et le fonds limitrophe, n'est pas déterminée par notre Code, qui ne renvoie pas même, en cette occasion, aux usages locaux.

On la fixe toutefois, en général, soit au double de l'avancement du toit, dans le Nord particulièremen

où les toits ont peu de saillie, soit à trois pieds dans le Midi, où les toits avançant beaucoup plus, une distance double aurait paru trop considérable (comp. Desgodets, sur l'article 210 de la cout. de Paris, n° 14; Toullier, t. II, n° 538; Pardessus, t. I, n° 213; Solon, n° 307; Taulier, t. II, p. 421).

589. — Remarquons aussi que dès que cet espace est reconnu suffisant, le propriétaire du bâtiment n'est plus responsable, si les eaux pluviales, qui y tombent, s'écoulent ensuite par la pente naturelle des lieux sur l'héritage limitrophe. Ce que l'article 681 défend, en effet, seulement, c'est de *faire verser* les eaux pluviales sur le fonds du voisin; mais il ne s'ensuit pas que si ce fonds était tenu de les recevoir, indépendamment de toute construction, par l'effet de la situation naturelle des lieux, il soit affranchi de cet assujettissement par cela seul que l'autre propriétaire a construit; la seule condition imposée à celui-ci est donc de ne pas aggraver, par sa construction, cet assujettissement; et le voisin n'a pas dès lors à se plaindre, dès que les eaux pluviales ne lui arrivent pas d'une manière plus préjudiciable ni plus incommode, que si aucune construction n'avait été élevée sur le fonds supérieur (comp. Pardessus, t. I, n° 213; Demante, t. II, n° 536 *bis*, II).

590. — Le maître du bâtiment conserve, bien entendu, la propriété de l'espace qu'il a réservé au delà de la ligne d'aplomb de son mur et de l'avancement de son toit, *quatenus stillicidii rigor et tignorum protectus competebat* (L. 41, § 1, ff., *de servit. præd. urban.*); il peut y ouvrir une porte, de même qu'il peut y pratiquer des jours ou des fenêtres, en observant les conditions prescrites par les articles 676 et suivants.

591. — A cet égard, il serait prudent de faire constater contradictoirement, par titre, avec le voisin, la réserve du terrain qui a été laissé au delà de l'avancement du toit, ou du moins d'y établir un avancement de

mur ou des bornes qui témoigneraient toujours de cette réserve dans l'intérêt du propriétaire du bâtiment.

592. — Mais supposons que ces précautions aient été négligées.

Le maître du bâtiment ne devra-t-il pas néanmoins être présumé propriétaire de la bande de terrain qu'il est d'usage de laisser au delà du mur, entre l'égout des toits et le fonds du voisin ?

La négative était généralement admise autrefois dans les provinces, où régnait la maxime : *nulle servitude sans titre*. On n'avait pas voulu que le maître du bâtiment pût acquérir, sous l'apparence d'un droit de propriété, un véritable droit de servitude, et que le voisin qui avait toléré la servitude de stillicide, croyant, sur la foi de la coutume locale, qu'elle ne pouvait pas s'acquérir par prescription, fût injustement déçu, en se voyant, par l'effet de cette tolérance, privé de son droit même de propriété. Et voilà pourquoi le maître du bâtiment n'acquérait le terrain sur lequel tombaient les eaux de son toit, qu'autant qu'il y avait exercé des actes non équivoques d'occupation à titre de propriétaire. « Il fallait, suivant le témoignage de Coquille, qu'il eût fait quelque structure destinée expressément pour faire fluer les eaux, laquelle structure fût incorporée en l'héritage du voisin, en reposant et portant sur iceluy.... » (Sur la coutume du Nivernais, chap. x, art. 2 ; comp. Roupnel, sur l'article 607 de la coutume de Normandie ; Flaust, t. II, p. 884 ; Caen, 2e chamb., 10 fév. 1837, Conseil ; Caen, 24 avril 1831, Marigny, *Rec. de Rouen et de Caen*, 1831, p. 692 ; Huard, v° *Échelle*, p. 70 ; *voy.* toutefois Paris, 13 messidor an XIII, Videl, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 1, II, 202).

Mais ces précédents, uniquement fondés sur l'ancienne règle : *nulle servitude sans titre*, n'ont plus d'autorité sous le Code Napoléon, puisque la servitude d'égout des toits étant continue et apparente, est désormais susceptible d'être acquise par prescription (art. 688, 689, 690).

Aujourd'hui, au contraire, et pour toutes les constructions postérieures à la promulgation de notre Code, nous croyons qu'il résulte de l'article 681, que le maître du bâtiment doit être réputé propriétaire de la bande du terrain comprise entre son mur et la ligne d'aplomb de son larmier. Il est, en effet, naturel de supposer, d'une part, que le constructeur, afin de prévenir toute difficulté, s'est retranché de lui-même, conformément à la loi, qui lui défendait de faire verser les eaux de son toit sur le voisin; et, d'autre part, que ce voisin n'aurait pas souffert sans réclamation l'avancement de l'égout sur son propre fonds, puisqu'il avait le droit de s'y opposer. Telle était aussi la décision de Cœpolla : « *Videtur area quod sit vicini, cujus est stillicidium superius....* » (tract. I, cap. XXVIII, n° 9); et elle est généralement adoptée.

395. — Ce qui fait seulement ici la difficulté, c'est de savoir quel est le caractère de cette présomption de propriété, et si elle n'est qu'une présomption simple qui puisse être combattue par tous les genres de preuves, aux termes de l'article 1353, et particulièrement par la possession dans laquelle serait le voisin de l'espace du terrain couvert par le larmier.

Les opinions sont partagées sur ce point.

Il en est une qui enseigne que l'article 681, combiné avec l'article 552, crée, au profit du maître du bâtiment, une présomption légale de propriété *jusqu'à titre contraire* (c'est le mot de la Cour de Bordeaux, dans l'arrêt que je vais citer), et que spécialement cette présomption ne saurait être combattue par la preuve de la possession contraire du propriétaire voisin. La possession, en effet, pour faire présumer la propriété, doit être tout à la fois exclusive, non équivoque et non clandestine (art. 2229); or, dit-on, la possession que le propriétaire voisin pourrait avoir de la bande de terrain couverte par le larmier, ne saurait jamais avoir ces conditions. D'abord, elle n'est

pas exclusive ; car le maître du bâtiment possède ce terrain, qu'il est présumé s'être réservé ; il le possède de la seule manière qu'exige son intérêt, eu égard à la destination qu'il lui a donnée ; or, deux personnes ne peuvent pas en même temps posséder exclusivement la même chose ; il n'y a donc là, de la part du voisin, qu'une possession *croisée et promiscue*, qui ne saurait infirmer la présomption légale de l'article 681, au profit du maître du bâtiment; cette possession, d'ailleurs, est aussi clandestine et équivoque ; le maître du bâtiment qui n'a le plus souvent conservé ni jours ni sorties sur cette bande de terrain, ignorera le plus souvent les actes de possession que le voisin pourrait y faire ; et comme il n'a aucun intérêt à les vérifier ni à s'y opposer, puisqu'ils n'affectent, en aucune manière, sa propre possession, on ne saurait, en tous cas, y voir de sa part qu'une simple tolérance (art. 2132 ; comp. Bordeaux, 20 nov. 1833, Boyer; et 14 déc. 1833, Rambaud, Dev., 1834, II, 114; Amiens, 20 févr. 1840, Dubois, *J. du P.*, t. II, 1841, p. 728; Pardessus, t. II, n°s 214, 215; Daviel, t. III, n° 943; Taulier, t. II, p. 421).

Cette doctrine nous paraît trop absolue ; et notre avis est qu'il ne résulte de l'article 681 qu'une présomption simple, susceptible d'être combattue par toute preuve contraire, et spécialement par la preuve de la possession de la part du voisin :

1° Aux termes de l'article 1350, premier alinéa, la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; et tels sont, d'après le n° 2 de cet article, les cas où la loi déclare la propriété résulter de certaines circonstances déterminées.

Or, il n'est pas possible de voir, dans l'article 681, cette loi spéciale, qui déclarerait la propriété au profit du maître du bâtiment ; tout ce qui résulte, en effet, de cet article, c'est que chacun doit établir ses toits de manière à ne pas faire verser ses eaux pluviales sur le fonds

de son voisin ; et s'il est raisonnable d'en induire que le constructeur s'est conformé à la loi, et qu'il a laissé, entre son larmier et le fonds du voisin, un certain espace, cette induction ne constitue tout au plus qu'une présomption simple, dans les termes de l'article 1353. Il pourra même être très-souvent utile que le propriétaire du bâtiment, si on prétend contre lui qu'il a construit sur la limite de son héritage, il pourra, disons-nous, être très-utile qu'il fortifie cette induction par ses titres, ou par d'autres moyens, par le témoignage, par exemple, des ouvriers ou des voisins qui attesteraient la réserve qu'il a faite d'une certaine portion de son terrain au delà de son mur.

2° Mais, par cela même, le voisin, de son côté, peut réciproquement établir, non-seulement par titres, mais encore par témoins ou par présomptions (art. 1353), que le terrain sur lequel l'égout s'avance, est, au contraire, sa propriété ; et la preuve de la possession qu'il en aurait, serait même, suivant nous, en cas pareil, la meilleure. C'est en vain que l'on objecte que deux personnes ne peuvent pas posséder en même temps la même chose. — Il est vrai ; mais l'un peut posséder la chose *jure dominii*, tandis que l'autre n'exercerait sur cette chose qu'une possession *jure servitutis ;* or, cela est ici très-possible ; il se peut très-bien que le voisin possède, en effet, exclusivement le terrain qui se trouve au-dessous du toit : *si hortus est, ipsum ibi colo, et arbores habeo, vel retineo res meas sub stillicidio* ; c'est encore Cœpolla qui l'enseigne (*loc. supra cit.*). Quant à l'argument qui représente cette possession comme équivoque et clandestine, on verra, on appréciera ; mais il est clair qu'il peut être reconnu qu'en fait, cette possession aurait eu des caractères très-suffisants de publicité ; et alors, notre conclusion est qu'il faudra dire que la propriété de l'espace couvert par le stillicide appartient au propriétaire voisin du bâtiment (comp. Limoges, 26 déc. 1839, Depomme, D., 1841, II,

10; Cass., 28 juill. 1851, Jacob, Dev., 1851, I, 600; Paris, 24 août 1864, Bouret, Dev., 1864, I, 301; *supra*, n°s 464-466 et 502 *bis*).

594. — Mais dans cette hypothèse, si les choses avaient existé dans le même état depuis trente ans, le maître du bâtiment aurait le droit de conserver l'avancement de son toit et son égout sur le fonds du voisin.

En effet, de deux choses l'une :

Ou le maître du bâtiment aurait originairement construit un toit en avancement sur le fonds voisin ; et alors, il aurait acquis, par prescription, la servitude d'égout (art. 688, 689, 690);

Ou, au contraire, après avoir réservé sur son propre fonds l'espace de terrain nécessaire pour son égout, il aurait laissé le voisin acquérir cet espace par la prescription : et alors, le voisin n'aurait pu l'acquérir que *cum sua causa*, tel qu'il l'aurait seulement possédé, c'est-à-dire avec la servitude d'égout : *tantum præscriptum quantum possessum* (comp. *supra*, n° 583 ; Pardessus, t. I, n° 215; Daviel, t. III, n° 944).

595. — Cette servitude d'ailleurs, *jus stillicidii*, par suite de laquelle un propriétaire aurait le droit, contrairement à l'article 681, de faire verser les eaux pluviales de ses toits sur le fonds du voisin, cette servitude, disons-nous, peut s'acquérir, non-seulement par titre, mais encore par destination du père de famille et par prescription, lorsqu'elle est tout à la fois continue et apparente, c'est-à-dire lorsqu'elle s'annonce par une gouttière, une gargouille en saillie sur le fonds voisin, ou par tout autre ouvrage extérieur (art. 688, 689, 690; comp. Cass., 3 févr. 1825, de Foresta, D., 1825, I, 114).

Seulement, il peut y avoir lieu, en pareil cas, de déterminer, d'après l'examen des titres, de l'état des lieux ou de la possession, s'il s'agit d'un simple droit de servitude, ou bien d'un droit de propriété (*supra*, n° 592).

Et, à cet égard, il nous paraîtrait difficile d'admettre

l'opinion de Pardessus, qui enseigne « que celui qui a acquis un bâtiment indiqué comme ayant sa *basse-goutte* sur le voisin, sera fondé incontestablement à prétendre, au delà de son mur, le terrain nécessaire à l'égout du toit, et que la même règle s'observera encore plus strictement, lorsque le bâtiment et l'héritage voisins auront appartenu originairement au même individu. » (T. I, n° 215.)

Nous croyons, au contraire, qu'il ne faudrait voir là, dans l'une et l'autre hypothèse, qu'une simple servitude. Lors, en effet, qu'un titre déclare que le bâtiment a sa basse-goutte *sur le voisin,* il nous paraît évident qu'il reconnaît virtuellement que le terrain qui reçoit l'égout, appartient au voisin et n'est, dès lors, que grevé de la servitude *stillicidii recipiendi.* Et quant à la destination du père de famille, il n'est pas moins certain que si l'absence de toute stipulation relative aux égouts, lors de l'aliénation de deux fonds d'abord réunis dans la même main, en entraîne le maintien, c'est aussi seulement à titre de servitude. *Videtur imposita esse servitus,* dit Cœpolla pour cette hypothèse même, *vendendo, legando, vel dividendo* (tract. I, cap. XXVIII, n° 9; comp. art. 692, 694; Daviel, t. III, n° 943).

596. — Au reste, ce n'est pas seulement comme servitude passive sur le fonds du voisin, que le droit d'égout ou de gouttière peut exister; il peut encore être établi, dans son intérêt, comme servitude active, et à la charge, par le maître du bâtiment, de faire verser sur le fonds limitrophe les eaux pluviales; cette servitude *stillicidii non avertendi* est même assez fréquente, surtout dans les lieux où l'eau est rare, et où les propriétaires la recueillent avec soin dans des citernes ou autres réservoirs.

Ce n'est pas d'ailleurs ici le moment de nous occuper de ces espèces de servitudes, qui rentrent évidemment dans la classe de celles qui sont établies par le fait de

l'homme (comp. Paris, 14 mars 1836, Carteret, Dev., 1836, II, 329; Cass., 19 mai 1834, Porquet, Dev., 1835, II, 461, en note; Cass., 9 mars 1840, Castelnau, Dev., 1840, I, 641).

597. — D'après l'article 681, les propriétaires peuvent faire verser l'égout de leurs toits non-seulement sur leurs propres fonds, mais aussi sur la voie publique.

Il faut seulement, bien entendu, dans ce dernier cas, qu'ils se conforment aux règlements de police, qu'il appartient à l'autorité municipale de prendre à cet égard. Et c'est ainsi, par exemple, qu'ils peuvent être tenus de supprimer les gargouilles, qui projettent les eaux pluviales de toute la hauteur des toits sur la voie publique, et d'établir des tuyaux de descente, qui les conduisent jusqu'au niveau du sol (comp. Cass., 29 février 1832, Berlier, Dev., 1832, I, 521; Cass., 31 novembre 1834, Dupont, Dev., 1835, I, 9).

SECTION V.

DU DROIT DE PASSAGE.

SOMMAIRE.

598. — Exposition.
599. — Division.

598. — Le législateur a justement pensé que les règles de la sociabilité et du bon voisinage autorisaient le propriétaire dont les fonds sont enclavés, à réclamer un passage sur les fonds de ses voisins; et il a mis, en effet, cette *servitude légale* au rang de celles qu'il établit *dans l'intérêt des particuliers* (art. 649, 651, 652).

Il est d'ailleurs évident aussi que l'intérêt général de la société n'exige pas moins que l'intérêt privé du propriétaire, que les fonds enclavés ne demeurent pas inexploités et stériles; et, sous ce rapport, on peut dire que cette servitude est en même temps d'utilité publique. « Le bien public, qui est la loi suprême, dit Bourjon,

rend telle vente forcée. » (*Droit commun de la France*, liv. IV, tit. I, part. II, chap. I, n° 1.)

Nous trouvons, dans la législation romaine, les premières traces de ce droit; la loi 12 *principia*, au Digeste, *de religiosis et sumptibus funerum*, permettait à celui qui possédait un lieu consacré à la sépulture, et qui n'avait aucun moyen d'accès pour y parvenir, de contraindre les voisins à lui céder un passage, moyennant indemnité, *justo pretio;* et il est vraisemblable que cette faculté n'était pas bornée à ce cas spécial et rare; du moins, les docteurs l'ont-ils ensuite généralisée (comp. Cœpolla, tract. II, cap. I, n° 24).

Notre ancienne jurisprudence française l'avait également admis (comp. Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. I, n° 10; Bourjon, *loc. supra cit.;* Julien, *Statuts de Provence*, t. I, p. 506).

Et le Code Napoléon l'a aussi consacré dans l'article 682, en ces termes :

« Le propriétaire, dont les fonds sont enclavés, et qui « n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un « passage sur les fonds de ses voisins, pour l'exploita- « tion de son héritage, à la charge d'une indemnité pro- « portionnée au dommage qu'il peut occasionner. »

599. — Nous avons à examiner sur ce sujet :

I. Par qui, et dans quels cas, le passage pour cause d'enclave, peut être réclamé;

II. Sur lequel des fonds circonvoisins, et sur quel endroit du fonds affecté, il doit être accordé;

III. Sous quelles conditions la loi l'accorde;

IV. Enfin, quels sont les effets de cette servitude de passage une fois établie.

N° 1.

Par qui et dans quels cas le passage pour cause d'enclave peut-il être réclamé?

SOMMAIRE.

600. — Par qui le passage peut-il être réclamé? — *Quid*, de l'usufruitier, de l'usager, de l'emphytéote, du fermier?
601. — Dans quels cas le passage peut-il être réclamé? De l'origine et de la cause de l'enclave.
602. — Suite. — *Quid*, s'il est établi que l'enclave est le résultat de la division d'un fonds, qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique?
603. — Suite.
604. — Suite.
605. — Suite. — *Quid*, si le propriétaire s'était lui-même volontairement fermé l'accès de la voie publique par une construction?
606. — Des conditions constitutives de l'enclave. — Dans quels cas un fonds doit-il être considéré comme enclavé?
607. — Suite. — Les chemins de halage ne sont pas des voies publiques. — Conséquence.
608. — Suite.
609. — Suite. — Le passage ne peut être réclamé que pour cause de nécessité absolue. — Exemples.
610. — C'est eu égard aux besoins de l'exploitation du fonds, que doit être décidée la question de savoir s'il est ou s'il n'est pas enclavé.
611. — Suite. — Conséquence de la règle précédente.
612. — Le passage peut-il être réclamé pour toute espèce d'exploitation, soit agricole, soit même industrielle et commerciale du fonds?
613. — *Quid*, s'il s'agit d'accéder à une fontaine communale?
614. — Comment le fait d'enclave doit-il être établi?
614 *bis*. — La faculté de réclamer un passage pour cause d'enclave est imprescriptible.

600. — Et d'abord, par qui le passage peut-il être réclamé?

Par le *propriétaire*, dit l'article 682.

Cette expression ne doit pas toutefois, suivant nous, être entendue restrictivement; et nous croyons qu'elle comprend toute personne à laquelle appartient, en vertu d'un droit réel, la faculté d'exploiter l'héritage enclavé; car c'est l'exploitation de l'héritage qui est la cause essentielle de cette servitude légale; l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, d'après la jurisprudence qui lui reconnaît

un droit réel (*voy.* notre tome IX, n°s 490, 491), peuvent donc invoquer l'article 682 (art. 597; comp. Zachariæ, t. II, p. 62; Hennequin, t. II, p. 472; Jousselin, *des Servit. d'utilité publique*, t. II, p. 549).

Mais nous n'admettrions pas que le fermier ou le colon partiaire, ni le locataire, fussent fondés à en réclamer, en leur propre nom, l'application; ils ne peuvent que demander au propriétaire, leur bailleur, qu'il les fasse jouir de la chose louée, aux termes de l'article 1719; et c'est celui-ci seulement qui a le droit de réclamer directement contre les voisins la servitude légale de passage (Solon, n° 316; *voy.* pourtant Amiens, 25 mai 1813, Picard, Sirey, 1814, II, 98).

601. — Cette servitude d'ailleurs ne peut être réclamée que dans le cas où les fonds sont enclavés, et n'ont aucune issue sur la voie publique.

Pour ce qui concerne le fait de l'enclave, il convient de rechercher d'abord sa cause, et ensuite les circonstances qui le constituent aux yeux de la loi.

Relativement à l'origine de l'enclave, la règle nous paraît être qu'il faut, pour que l'article 682 soit applicable, qu'il ait pour cause un cas fortuit et de force majeure, tel que l'éboulement d'un terrain, l'invasion des eaux, le changement du lit d'une rivière, l'établissement d'un canal, le déplacement ou le redressement d'un chemin, par suite duquel un fonds viendrait à perdre l'issue qu'il avait.

Il en serait aussi de même, et l'article 682 pourrait être invoqué, si l'origine de l'enclave était inconnue.

602. — Mais que faut-il décider dans le cas où il serait établi que l'enclave est le résultat de la division d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique; division opérée soit par un partage ou un échange, soit par une aliénation d'une partie du fonds seulement, ou par deux aliénations partielles, simultanées ou successives?

Pardessus enseigne d'abord qu'il semblerait juste que celui qui se trouve avoir besoin du passage, s'adressât alors de préférence soit à ses copartageants, soit à son vendeur ou à son donateur, soit aux héritiers de celui qui lui aurait donné ou légué ce fonds enclavé; et ensuite le savant auteur fait la concession que voici :

« Mais le défaut de vigilance dans la rédaction des actes, ou quelques autres causes, peuvent l'avoir rendu non recevable contre ses garants; son imprudence serait punie trop sévèrement, si elle avait pour résultat de frapper sa propriété d'une éternelle inutilité; l'intérêt public en souffrirait. Il peut donc, dans ce cas, s'adresser au voisin qui est le plus à portée de lui fournir un passage. » (T. I, n° 219; comp. Fromental, *Décisions du droit civil*, v° *Servit.*, p. 657; Cass., 19 juillet 1843, Chevrier, Dev., 1843, I, 816.)

Notre avis est, au contraire, que dans tous les cas, le passage qui est nécessaire aux portions désormais enclavées du fonds, doit être pris sur les autres portions qui accèdent à la voie publique; et cela, lors même que le trajet par des héritages circonvoisins serait, pour les portions enclavées, beaucoup plus court et plus commode :

Nul, en effet, ne peut, par son fait, imposer une servitude à l'héritage d'autrui; les copartageants ou les parties, quelles qu'elles soient, vendeur et acheteur, copermutants, donateur ou testateur, qui ont opéré la division du fonds, n'avaient évidemment pas le droit de grever les fonds voisins d'un passage au profit des portions du fonds qui, par leur fait, allaient se trouver enclavées; supposez qu'elles eussent formellement établi cette servitude de passage sur les fonds voisins; apparemment cette stipulation ne serait pas opposable au propriétaire voisin, qui n'y aurait pas été partie; or, leur silence, leur inattention, leur collusion frauduleuse peut-être, ne sauraient certainement avoir plus d'effet qu'une stipulation formelle. Sans doute, il ne se peut pas que les por-

tions désormais enclavées se trouvent ainsi frappées *d'une éternelle inutilité;* mais le passage qui leur est nécessaire devra être réclamé sur les portions du même fonds qui, dans son intégrité, accédait à la voie publique; car l'article 682 n'a point été fait pour une telle hypothèse; c'est seulement au nom de la nécessité, que la loi permet au propriétaire enclavé de réclamer un passage sur les fonds de ses voisins; or, dans notre espèce, il ne s'agit pas d'un passage réclamé par nécessité ni à titre de servitude légale; le droit de réclamer le passage dérive alors de la convention ou de la disposition, par suite de laquelle certaines portions du fonds ont cessé de border la voie publique; c'est une servitude tacitement établie par le fait de l'homme, et non pas une servitude légale (comp. Cass., 1er mai 1811, Leymarié, Sirey, 1811, I, 325; Caen, 26 mai 1824, Boudreville, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 61; Douai, 23 nov. 1850, Carlot, Dev., 1851, II, 22; Cass., 14 nov. 1859, de Tournon, Dev., 1860, I, 236; Cass., 1er août 1861, Blanc, Dev., 1861, I, 945; et *J. du P.*, 1862, p. 1052; Toullier, t. II, n° 550; Duranton, t. V, n° 420; Solon, n° 328; Coulon, *Quest. de droit*, t. I, p. 313; Marcadé, art. 682; Demante, t. II, n° 537 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 324; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, nos 551 et 877, et t. IV, n° 1886; Sauger, *du Louage et des Servitudes*, n° 584).

603. — La circonstance que l'espèce d'enclave résultant de la division d'un même héritage aurait subsisté pendant un temps plus ou moins long, serait-elle de nature à modifier le principe, que nous venons de poser?

La Cour de cassation semblerait l'avoir décidé ainsi (19 juillet 1843, Chevrier, Dev., 1843, II, 816).

Mais nous n'admettrions pas cet amendement; ou du moins faudrait-il que le temps antérieur à la convention ou à la disposition qui aurait opéré la division de l'héritage fût suffisant pour opérer la prescription.

604. — Et le droit de réclamer un passage, dérivant alors du contrat soit de vente, d'échange, de partage ou autre, soit de la donation ou du testament, il s'ensuit que c'est d'après les principes particuliers à ces sortes d'actes que doit être résolue la question de savoir s'il serait dû, dans ce cas, une indemnité.

Notre solution serait, en général, sur ce point, négative; car les parties contractantes ou le disposant ont bien dû voir que la division, qu'ils opéraient, allait priver certaines portions de l'héritage d'un accès à la voie publique; et dès lors, la raison exige que l'on interprète leur volonté en ce sens qu'elles ont tacitement accordé à ces portions un droit de passage sur les autres portions, par lesquelles on accédait à la voie publique, lorsque l'héritage était dans son intégrité; et il arrivera même toujours que les lots, dans un partage, auront été estimés en conséquence; de même que dans une vente ou un échange, cette nécessité aura été prise en considération pour la détermination du prix ou de la valeur respective du fonds vendu ou des fonds échangés. Cela serait vrai surtout, s'il existait, sur le fonds divisé, un chemin intérieur aboutissant au chemin public, et destiné à l'exploitation de toutes les parties du fonds (arg. de l'article 1638); mais cette circonstance d'ailleurs ne serait pas nécessaire; et notre solution serait la même, dans le cas où il n'y aurait, dans le fonds, aucune trace de chemin, ni sentier.

Ces motifs nous paraîtraient particulièrement déterminants pour affranchir de toute action en indemnité, soit l'acheteur de la portion enclavée, qui réclamerait un passage contre son vendeur (comp. art. 1602, 1615; *voy.* toutefois Caen, 26 mai 1824, *supra*), soit un légataire ou un donataire réclamant un passage contre les héritiers du testateur ou contre le donateur (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 704; L. 5, ff., *de sepulchro viol.*; L. 23, § 3, ff.,

de servit. præd. rust.; L. 22, § 1, ff., *de condict. indebiti*).

Ajoutons toutefois que comme il ne s'agit ici, après tout, que d'une question d'interprétation de volonté, la solution pourrait devoir être, dans certains cas, modifiée d'après les termes de l'acte et les circonstances du fait; comme si, par exemple, il avait été stipulé, dans un acte de partage, que les portions qui allaient se trouver enclavées n'auraient pas de droit de passage sur les autres portions attenant à la voie publique; et cette clause pourrait s'expliquer en ce sens que les copartageants pensaient qu'il serait possible aux propriétaires des lots enclavés de s'entendre avec les propriétaires des fonds voisins bordiers de la voie publique, pour obtenir d'eux un passage. Sans doute, cette clause, ainsi que nous l'avons dit (*supra*, n° 602), ne rendrait pas le maître du lot enclavé non recevable à réclamer un passage sur les autres lots bordant la voie publique; mais du moins devrait-elle avoir pour effet de l'obliger à payer une indemnité; car il serait clair, dans ce cas, que dans l'estimation comparative des différents lots, on n'aurait pas eu égard à ce droit de passage (comp. Cass., 14 nov. 1859, de Tournon, Dev., 1860, I, 236; Cass., 24 avril 1867, Vissol, Dev., 1867, I, 244; Duranton, t. V, n° 420; Demante, t. II, n° 537 *bis*, I).

605. — A plus forte raison, ne devrait-on pas, en général, admettre à réclamer le bénéfice de l'article 682, le propriétaire qui se serait lui-même volontairement enclavé, en bâtissant, par exemple, de manière à s'interdire, par le fait immédiat de sa bâtisse, le passage avec voiture sur le terrain, qui, avant sa construction, lui servait d'accès à la voie publique (comp. toutefois Cass., 29 mai 1832, Livron, D., 1832, I, 216; Cass., 8 mars 1852, Lefèvre, Dev., 1852, I, 314).

606. — Maintenant, et pour ce qui concerne les conditions constitutives de l'enclave aux yeux de la loi,

notre article 682 exige que le fonds n'*ait aucune issue sur la voie publique*.

D'où il suit que l'on ne devrait considérer comme enclavés :

Ni le fonds qui aboutirait à un terrain communal (comp. Cass., 31 mai 1825, Malescot, D., 1825, I, 328; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VI, n° 2883);

Ni le fonds qui exercerait un passage sur un autre fonds, soit en vertu d'un titre susceptible d'être contesté, soit même par l'effet d'une simple tolérance de la part du propriétaire.

Sans doute, du moment où cette tolérance cesserait, comme aussi dès qu'il serait établi que le titre n'est point ou n'est plus valable, le propriétaire enclavé pourrait invoquer l'article 682; mais jusque-là, et tant qu'il n'est pas troublé dans le passage qu'il exerce, il doit être déclaré non recevable à en demander un autre (comp. Cass., 30 avril 1835, Paupière, D., 1835, I, 228; Cass., 27 février 1839, Rostan, Dev., 1839, I, 493; Solon, n° 318).

607. — Rappelons toutefois ici que les chemins de halage, ne constituant sur les fonds qui en sont affectés, qu'une servitude établie pour les besoins seulement de la navigation, ne sauraient être considérés comme une voie publique; et que, par conséquent, le propriétaire enclavé n'en pourrait pas moins réclamer, dans ce cas, un passage, en vertu de l'article 682 (comp. art. 649, 650; *supra*, n° 301; Toulouse, 19 janv. 1825, Grossous, D., 1825, II, 108; Bordeaux, 15 janv. 1835, Leydet, Dev., 1836, II, 334).

608. — Des termes de l'article 682 et de l'esprit évident de la loi, il faut aussi conclure que le passage n'est dû qu'autant qu'il est absolument indispensable et qu'il faut que le propriétaire du fonds qui le réclame, se trouve dans l'impossibilité complète d'accéder autrement à la voie publique.

La simple commodité ou même l'utilité plus ou moins grande du passage réclamé ne suffirait pas; ce n'est point pour les convenances des personnes, c'est seulement pour l'exploitation du fonds, que le législateur autorise cette atteinte au droit de propriété; ce qui est d'ailleurs le vrai caractère des servitudes réelles; vainement on ferait valoir que le trajet, par le chemin réclamé, serait court, facile et peu dispendieux; tandis que le chemin actuel est très-long, présente des détours et des difficultés, et nécessite des dépenses; car ce fonds, malgré tout cela, ne serait pas enclavé, ni *sans aucune issue sur la voie publique*. Il pourrait y avoir là, sans doute, le sujet d'une stipulation de servitude conventionnelle de passage; mais il n'y aurait pas lieu à la servitude légale (comp. Cass., 31 mai 1825, Malescot, D., 1825, I, 328; Besançon, 23 mai 1828, Thibout, D., 1828, II, 246; Colmar, 10 mai 1831, Mongold, D., 1833, II, 51; Rouen, 16 juin 1835, Gueffe, Dev., 1836, II, 87; Fournel, du *Voisinage*, t. I, p. 103; Pardessus, t. I, n° 218; Solon, n°s 318, 319; Toullier, t. II, n° 547; Duranton, t. V, n° 417; Demante, t. II, n° 537 *bis*, II).

Et l'on ne serait pas même fondé à prétendre qu'il y a enclave à l'égard d'un fonds privé actuellement d'accès à la voie publique, s'il était possible de lui procurer une issue, au moyen de travaux plus ou moins faciles, et dont le prix n'excéderait pas de beaucoup le montant de l'indemnité que le propriétaire prétendu enclavé serait obligé de payer au propriétaire du fonds sur lequel il réclame un passage; comme si, par exemple, un pré n'était séparé de la voie publique que par un petit cours d'eau ou par un fossé d'irrigation, sur lequel on pourrait facilement établir un pont ou tout autre moyen de passage pour les voitures (comp. Rennes, 22 mars 1826, Mauviel, D., 1827, II, 91; Colmar, 26 mars 1831, Munch, D., 1831, II, 126; Cass., 30 avril 1855, Bardel, D., 1855, I, 158).

609. — Telle est la règle qu'il faut, autant que possible, maintenir; mais il importe aussi de ne la point exagérer, et de l'entendre, au contraire, humainement, d'une façon intelligente et pratique.

La règle, disons-nous, en droit, est que le passage ne peut être réclamé que pour cause d'une nécessité absolue.

Mais en fait, c'est aux magistrats, bien entendu, qu'il appartient d'apprécier les circonstances, d'où résulte, dans chaque espèce, cette impossibilité de tout accès sur la voie publique; et généralement, les décisions rendues sur ce point par les Cours impériales ne sont pas susceptibles d'être déférées à la Cour de cassation, en tant qu'elles ont décidé une question de fait (comp. Pardessus, t. I, n° 218; Solon, n°s 319 et 326).

C'est ainsi que l'on devra considérer comme enclavé et sans aucune issue sur la voie publique, le fonds qui n'aurait qu'une issue véritablement impraticable ou tout à fait périlleuse, ou encore pour laquelle il faudrait faire des dépenses extrêmes et hors de proportion avec le dommage qui résulterait, pour le propriétaire voisin, du passage réclamé sur son fonds et de l'indemnité qu'il serait nécessaire de lui payer. Telle serait l'hypothèse d'un fonds séparé de la voie publique par un cours d'eau sur lequel il n'y aurait ni pont ni bac, et dont le passage, pour arriver à la terre ferme, présenterait de véritables dangers (comp. Cass., 25 août 1827, Schneider, D., 1827, I, 498; Cass., 16 fév. 1835, Cayla, D., 1835, I, 169; Lyon, 27 mars 1844, Lardon, Dev., 1844, II, 644; Cass., 31 juill. 1844, Brémontier, Dev., 1844, I, 846; Angers, 14 juillet 1847, Perdriau, Dev., 1847, II, 250; Merlin, *Rép.*, v° *Voisinage*, § 4, n° 4; Favard, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. II, § 7, n° 1; Pardessus, t. I, n° 218; Daviel, t. I, n° 81; Sirey, Dissertation, 21, II, 153; Zachariæ, t. II, p. 63).

610. — Ajoutons que le but essentiel de la loi étant

de rendre possible *l'exploitation* du fonds pour laquelle, en effet, l'article 682 permet de réclamer le passage, c'est eu égard à la nature et aux besoins de l'exploitation que doit être apprécié le fait d'enclave; il se pourrait donc qu'un héritage, lors même qu'il aurait une issue sur la voie publique, dût être considéré néanmoins comme *enclavé* et comme n'ayant *aucune issue* dans le sens spécial de notre article 682, si celle qu'il avait était insuffisante pour les besoins de l'exploitation; comme si, par exemple, il n'était point possible d'y passer avec des voitures chargées (comp. Cass., 25 août 1827, Schneider, D., 1827, I, 498; Cass., 16 fév. 1835, Cayla, D., 1835, I, 169; Cass., 31 juill. 1844, Brémontier, Dev., 1844, I, 846; Zachariæ, t. I, p. 63).

611. — Et de là même il suit que le propriétaire, en adoptant un nouveau mode d'exploitation, peut être autorisé, soit à demander l'élargissement du passage à titre d'enclave, dont il jouissait déjà sur les fonds de ses voisins, sauf, bien entendu, l'indemnité nouvelle due à raison de cette aggravation de la servitude; soit même à réclamer un passage, qui ne lui était pas d'abord du tout nécessaire, d'après son ancien mode de culture.

Du moins, appartient-il aux magistrats d'apprécier, en ces circonstances, l'ensemble des faits, la convenance, par exemple, et l'opportunité de ce changement de destination et d'exploitation, et de voir surtout s'il a été entrepris dans un but sérieux et utile, ou s'il n'aurait été imaginé que dans le dessein malicieux de nuire au voisin; car si le propriétaire doit avoir le droit de changer l'exploitation de son fonds, il ne faut pas non plus qu'il puisse se créer ainsi par son fait, sans véritable intérêt pour lui-même, une servitude de passage sur le fonds voisin (comp. Agen, 18 juin 1823, Caston, Sirey, 1824, II, 89; Cass., 8 juin 1836, Dupuy, Dev., 1836, I, 453; Caen, 13 mai 1840, Riquier-Desjardins, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 428; Caen, 16 avril 1859, de Bonnemains,

Dev., 1859, II, 652; Caen, 10 janv. 1861, Landry, et 6 mars 1861, Lecordier, D., 1861, II, 166-168; Caen, 6 janv. 1862, Gouhier, *Rec. de Caen*, 1862, p. 65; Toulouse, 14 mai 1864, Bernard, Dev., 1865, II, 93; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. II, § 7, n° 3; Zachariæ, t. II, p. 63; Demante, t. II, n° 527 *bis*, II).

612. — Ce que nous venons de dire suppose déjà que, suivant nous, le passage peut être réclamé pour toute exploitation quelconque, dont le fonds est susceptible; pour toute exploitation, disons-nous, non-seulement agricole, mais encore industrielle ou commerciale.

Il est toutefois une opinion, d'après laquelle le passage ne pourrait être réclamé que dans l'intérêt des exploitations rurales, afin de cultiver le fonds et d'enlever les fruits qu'il peut produire naturellement, mais qui refuse, au contraire, le bénéfice de l'article 682 pour le service d'une usine, d'un atelier, d'une fabrique ou d'une hôtellerie :

D'une part, dit-on, ces mots de l'article 682 : *pour l'exploitation de son héritage*, ne peuvent s'entendre que de l'exploitation des produits naturels du sol lui-même; et on serait d'autant moins fondé à les appliquer à l'industrie personnelle de l'homme, que c'est uniquement dans l'intérêt de l'agriculture que la servitude de passage forcé a été établie;

D'autre part, il y a une grande différence entre ces deux cas; et le passage pour les besoins d'une exploitation rurale est beaucoup moins onéreux que le passage pour le service d'une entreprise commerciale ou industrielle; ce n'est, en effet, qu'à certaines époques seulement de l'année, pour les engrais, les labours, les semences et les récoltes, que le passage nécessaire à l'agriculture a besoin d'être exercé; tandis que c'est un passage quotidien et continu que celui qu'il faut à une fabrique, par exemple, pour ses chevaux et ses charrettes, et ses nombreux ouvriers, etc. (Zachariæ, t. II, p. 62; comp. aussi,

Pardessus, t. I, nos 218 et 220; Marcadé, art. 682, n° 1; Legentil, *Revue pratique de droit français*, 1861, t. XI, p. 113 et suiv.).

Nous n'admettons pas cette doctrine :

Le mot *exploitation* est générique; et s'il est vrai que le législateur, dans l'article 682, ait principalement en vue les héritages ruraux et l'intérêt de l'agriculture, il faut ajouter, comme l'a très-bien dit la Cour de Pau, « que son but évident est de faciliter aux propriétaires le moyen de retirer de leurs héritages toutes les utilités qu'ils peuvent produire, et que l'article 682 s'applique, en conséquence, aux immeubles de toute nature, quel que soit l'usage que le propriétaire peut en faire. » (14 mars 1831, Tapie, D., 1831, II, 153.)

L'intérêt général de la société n'exige pas moins, d'ailleurs, que l'intérêt privé des propriétaires, cette interprétation, d'après laquelle les fonds pourront toujours rendre, malgré l'enclave, tous les services et tous les produits qu'il sera possible d'en retirer. Concluons donc que l'article 682 s'applique toutes les fois que l'espèce d'exploitation, quelle qu'elle soit, à laquelle le fonds est consacré par le propriétaire, ne s'agît-il même que d'une simple maison d'habitation ou d'un jardin de plaisance, se trouve empêchée par suite de l'enclave (comp. Bruxelles, 22 mars 1817, Vanderstraeten, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 61, note 1; Cass., 22 mars 1832, Livron, D., 1832, I, 217; Caen, 2e chambre, 26 nov. 1836, Pinel; Chambéry, 10 janv. 1863, Girod, Dev., 1863, II, 237; Solon, n° 322; Jousselin, *des Servit. d'util. publiq.*, t. II, p. 549).

613. — On a également décidé que le droit de passage, en cas d'enclave, peut être exigé pour accéder à une fontaine appartenant à une commune, de même que s'il s'agissait d'une propriété privée (Pau, 14 mars 1831, Tapie, D., 1831, II, 153).

Et nous croyons qu'en effet la loi ne fait pas de distinction sous ce rapport, et que l'article 682 est appli-

cable toutes les fois que l'enclave empêche l'exploitation d'un fonds, soit communal, soit privé (comp. Pardessus, t. I, n° 226).

614. — Les voisins, sur les fonds desquels le passage est réclamé, ont, bien entendu, intérêt et qualité pour contester le fait de l'enclave; et, en cas de contestation à cet égard, les moyens ordinaires d'instruction consistent dans un rapport d'experts, ou même, si ce moyen paraît possible et plus convenable, dans une descente sur les lieux.

Est-ce à dire toutefois que les magistrats ne pourraient pas, d'après les éléments actuels du procès, statuer définitivement sur le fait d'enclave, sans ordonner une expertise?

Quelques jurisconsultes paraissent l'enseigner ainsi (comp. Favard de Langlade, v° *Rapport d'experts*, sect. I, § 4, n° 11; Solon, n° 327).

Mais une telle proposition ne nous paraît pas admissible :

« Attendu qu'il est de principe que les voies d'instruction sont laissées à la prudence et à l'arbitrage des juges du fait, toutes les fois que la loi ne porte pas, à cet égard, des prescriptions spéciales pour certaines matières ou certains cas particuliers. » (Cass., 24 décembre 1835, Defaye, Dev., 1836, I, 322; Pardessus, t. I, n° 222; Duranton, t. V, n° 417.)

614 *bis*. — C'est à peine s'il est nécessaire de dire que le droit, pour le propriétaire enclavé, de réclamer un passage en vertu de l'article 682, est imprescriptible; car c'est la loi qui le lui concède; et elle renouvelle incessamment sa concession, tant que dure le fait d'enclave (arg. de l'article 2232; Zachariæ, t. II, p. 64; Demante, t. II, n°s 539 et 539 *bis*, II; *voy.* toutefois *infra*, n° 641).

N° 2.

Sur lequel des fonds circonvoisins, et sur quel endroit du fonds assujetti le passage doit-il être accordé?

SOMMAIRE.

615. — La règle est que tous les fonds, qui forment l'enclave, sont soumis, indépendamment de leur nature et de leur destination, à la servitude légale de passage. — Exemples.
615 *bis*. — Il en est de même sous le rapport de l'inaliénabilité des fonds ou de l'incapacité personnelle des propriétaires.
616. — De la détermination de l'assiette du passage.
617. — A. Entre plusieurs fonds circonvoisins formant l'enclave, lequel doit être assujetti au passage?
618. — Suite.
619. — Suite.
620. — Faut-il que le propriétaire enclavé, qui réclame un passage, mette en cause nécessairement tous les propriétaires des fonds circonvoisins?
621. — B. Par quel endroit du fonds assujetti le passage doit-il s'exercer?
622. — Suite.
623. — Suite. — Les magistrats doivent déterminer, en même temps que l'endroit par lequel le passage sera exercé, les autres conditions de cet exercice. — Exemples.
624. — L'exercice trentenaire du passage ne peut-il pas avoir pour effet de déterminer, soit celui des fonds circonvoisins sur lequel il doit être exercé, soit l'endroit du fonds assujetti, qui doit être l'assiette du passage?
625. — Suite. — *Quid*, s'il s'agit de forêts domaniales ou d'immeubles dotaux?
625 *bis*. — Suite. — Lorsque la détermination du fonds assujetti est le résultat de la possession trentenaire du passage, l'effet en est-il nécessairement limité au caractère et à l'étendue de cette possession elle-même?

615. — Remarquons d'abord que l'article 682, en permettant au propriétaire dont les fonds sont enclavés, de réclamer un passage *sur les fonds de ses voisins*, ne fait aucune distinction relativement à la nature ou à la destination des fonds qui peuvent être soumis à cette servitude. D'où il suit que le passage peut être réclamé même sur des fonds en nature de cours ou de jardins, et lors même qu'ils seraient clos de haies ou de murs, bâtis ou non

bâtis (arg. de l'article 647). Il est vrai que l'on devra l'accorder de préférence sur les terrains ouverts (*infra*, n° 619), et que l'indemnité, si le passage est accordé sur un fonds clos, sur une cour, etc., sera déterminée en raison du dommage qui en résultera pour le propriétaire; mais enfin la règle est que tous les fonds, qui forment l'enclave, sont soumis, indépendamment de leur nature, à l'application de l'article 682 (comp. Pardessus, t. I, n° 219; Duranton, t. V, n° 422; Jousselin, *des Servit. d'util. publ.*, t. II, p. 552).

615 *bis*. — Et il n'y a pas lieu de distinguer davantage si le fonds est de libre disposition ou inaliénable, par exemple, comme un immeuble constitué en dot (article 1554), ni s'il appartient à une personne majeure et maîtresse de ses droits, ou à une personne incapable d'aliéner, comme un mineur ou un interdit. La nature des fonds, dit fort justement notre honorable confrère M. Jousselin, ne fait pas plus obstacle que la qualité des propriétaires, à l'application de la servitude; car elle est imposée par la loi même, devant laquelle il n'y a pas, sous ce rapport, d'inaliénabilité réelle ni d'incapacité personnelle (comp. *des Servit. d'utilité publique*, t. II, p. 552; Cass., 7 mai 1829, Maison du roi; *voy.* aussi *infra*, n° 625).

616. — La détermination arbitraire de l'assiette du passage ne pouvait évidemment être abandonnée, ni à celui qui le réclame, ni aux autres propriétaires sur les fonds desquels il peut être exercé (Papon, liv. XIV, titre I, art. 3). Il fallait donc que le législateur s'en remît, sur cette question toute de fait et de circonstances locales, à l'appréciation équitable des magistrats; et il s'est borné à leur tracer une règle générale dans les articles 683 et 684, qui sont ainsi conçus :

Article 683 : « Le passage doit régulièrement être pris « du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé « à la voie publique. »

Article 684 : « Néanmoins, il doit être fixé dans l'en-« droit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel « il est accordé. »

Deux désignations peuvent être à faire :

A. D'abord, entre plusieurs fonds circonvoisins, formant l'enclave, celui qui devra être assujetti au passage ;

A. Ensuite, sur le fonds assujetti, l'endroit par lequel le passage sera exercé.

617. — A. Et d'abord, le principe posé par l'article 683, que le passage doit régulièrement être pris par le plus court trajet, ce principe nous paraît applicable aux deux cas ; c'est qu'en effet, il est toujours essentiellement raisonnable, puisque l'abréviation du trajet, en diminuant le dommage qui sera causé au fonds asservi, diminue par cela même l'indemnité que devra payer le propriétaire enclavé, et cela, en le rapprochant aussi davantage de la voie publique ; or, cette conciliation équitable des deux intérêts, qui se trouvent ici en présence, est toujours le but que le législateur se propose.

L'article 683 est donc applicable, lorsqu'il s'agit de déterminer, entre plusieurs fonds circonvoisins, lequel doit être assujetti au passage.

618.— Mais en est-il ainsi de l'article 684?

Celui des propriétaires voisins, par le fonds duquel le trajet serait le plus court, pourrait-il néanmoins, si le passage devait lui être très-dommageable, demander qu'il fût exercé sur un autre fonds voisin, par lequel le trajet serait plus long, mais causerait moins de dommage ?

Bourjon enseignait autrefois la négative; et il voulait que l'on appliquât alors, d'une manière absolue, le principe qui prescrit de choisir le trajet le plus court (*Droit comm. de la France*, liv. IV, titre II, part. II, chap. I, n°s 2 et 3).

Il semblerait, à première vue, que notre Code aurait suivi cette doctrine; car l'article 684, qui permet aux

juges de modifier la règle posée dans l'article 683, cet article paraît se référer uniquement au cas où il s'agit de déterminer l'assiette du passage relativement au propriétaire *sur le fonds duquel il est accordé*, et non point au cas où il s'agit de déterminer, entre plusieurs propriétaires circonvoisins, le fonds sur lequel il sera accordé.

Il nous paraît certain pourtant que cette différence est inadmissible :

L'article 684 fait suite et se lie à l'article 683 ; et ce qu'il peut y avoir de restrictif, en apparence, dans ses termes, doit être corrigé par l'idée essentielle qui a dicté ces deux dispositions ; or, c'est, avant tout, une idée de bonne foi et d'équité. Le législateur n'a pas voulu que la règle qui prescrit le trajet le plus court, fût appliquée aveuglément, toujours et quand même ! et voilà pourquoi il a inséré, dans l'article 683, le mot *régulièrement*, qui prouve que la disposition n'en est pas absolue, et que l'article 684, qui n'est que l'explication du mot *régulièrement* de l'article 683, doit, en effet, s'appliquer à tous les cas auxquels l'article 683 lui-même est applicable. Comment ! l'un des fonds circonvoisins est une cour, un jardin, une allée ! il est clos de murs ! et il faudrait nécessairement qu'il fût assujetti au passage, lors même qu'il y aurait là un autre fonds tout ouvert et moins précieux ! Il faudrait, dis-je, qu'il y fût assujetti, parce que le trajet, par ce dernier fonds, serait un peu plus long ! cela ne serait certainement conforme ni à la raison, ni à l'équité. Concluons donc, avec la loi romaine, que le juge est toujours appelé à statuer *de opportunitate loci* (L. 12, ff. *de religiosis;* comp. Cass., 1er mai 1811, Leymarié, Sirey, 1811, I, 325 ; Besançon, 23 mai 1828, Thibaut, D., 1828, II, 247 ; Bourges, 6 mars 1858, Duprey, D., 1858, II, 670 ; Dupérier, t. II, p. 476 ; Duranton, t. IV, n° 420 ; Pardessus, t. I, n° 219 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 334 ; Demante, t. II, n° 528 *bis*, II).

619. — Et non-seulement la règle, qui prescrit le trajet le plus court, pourra fléchir dans l'intérêt de l'un des propriétaires circonvoisins; mais on pourra la modifier même aussi, quoique plus rarement et plus difficilement, dans l'intérêt du propriétaire enclavé, qui réclame le passage; comme si, par exemple, le fonds par lequel le trajet serait le plus court, offrait des difficultés, ou nécessitait la construction dispendieuse d'un pont ou d'autres ouvrages, tandis que le trajet, par un autre fonds, quoique plus long, serait facile, peu coûteux, et peu dommageable (comp. Favard de Langlade, v° *Servit.*, sect. II, § 7, n° 3; Solon, n°s 324, 325; et *infra*, n° 622).

620. — Il est clair que celui des voisins, contre lequel la demande à fin de passage est dirigée, peut s'y refuser, en soutenant et en offrant de prouver que le fonds d'un autre voisin offre un trajet moins long du fonds enclavé à la voie publique; et il peut alors mettre en cause les autres propriétaires; mais ce serait, suivant nous, une doctrine trop absolue, et qui pourrait, dans certains cas, nécessiter un surcroît de frais fort inutile, que celle qui prétendrait que le propriétaire du fonds enclavé doit toujours d'abord mettre lui-même en cause tous les copropriétaires circonvoisins, et que son action n'est pas recevable par cela seul qu'elle ne serait actuellement dirigée que contre l'un d'eux (comp. toutefois Montpellier, 5 août 1830, Parès, D., 1831; II, 85).

621. — B. Lorsque le fonds qui doit être assujetti au passage est déterminé, il faut déterminer ensuite, sur ce fonds même, l'endroit par lequel le passage sera exercé.

La règle est encore ici (lorsque, bien entendu, les parties ne s'entendent pas à l'amiable), qu'il faut prendre le plus court.

Mais cette règle est susceptible de deux modifications :

L'une, écrite dans la loi (art. 684), en faveur du fonds assujetti;

L'autre, évidemment sous-entendue, dans l'intérêt du fonds enclavé.

Et d'abord, dans l'intérêt du fonds assujetti, le passage peut être accordé par l'endroit où le trajet sera le plus long, si cet endroit est le moins dommageable; car on ne saurait forcer le propriétaire, par exemple, à dénaturer son fonds, à démolir un mur, ou à laisser passer par sa cour ou par son jardin, lorsqu'il offre un passage à travers un pré libre, quoique le trajet soit plus long (art. 684; Bordeaux, 16 janvier. 1835, Leydet, Dev., 1836, II, 334).

Ajoutons que lorsque l'endroit, par lequel le passage doit s'exercer, a été une fois déterminé, cet endroit est, en général, désormais invariable; c'est ainsi notamment, que le propriétaire du fonds enclavé ne serait pas fondé à réclamer le passage par un autre endroit, qui d'abord impraticable, ne serait devenu praticable que par l'effet des travaux et des dépenses du propriétaire du fonds assujetti; et cela, lors même que le passage serait plus court par ce nouveau trajet (comp. *infra*, n° 642).

622. — En second lieu, nous disons que la règle pourrait être modifiée, quoique plus difficilement et plus rarement, dans l'intérêt même du propriétaire qui réclame le passage; comme si le passage, par l'endroit le plus court, devait être pour lui très-difficile et très-coûteux, tandis que le trajet un peu plus long, sans être beaucoup plus dommageable pour le fonds assujetti, serait infiniment plus facile et moins dispendieux pour le propriétaire enclavé (comp. *supra*, n° 619; Bourges, 9 mars 1858, Duprey, Dev., 1858, II, 670; Pardessus, t. I, n° 219; Duranton, t. V, n° 425; Zachariæ, t. II, p. 64; Solon, n° 625; Demante, t. II, n° 538, *bis*, I).

623. — Les magistrats, en déterminant l'endroit par lequel le passage sera exercé, sont aussi chargés, bien entendu, de déterminer, d'après les circonstances, les autres conditions du passage : la direction et le par-

cours du chemin, sa largeur, le mode d'après lequel il sera pratiqué, suivant qu'il aura lieu à pied seulement et pour les personnes, ou encore pour les animaux et bêtes de somme, ou même aussi avec charrettes et voitures, etc. Il se pourrait qu'un simple sentier fût suffisant, de même qu'il faudrait, d'autres fois, un chemin d'une largeur beaucoup plus grande.

624. — Un dernier point nous reste à résoudre sur cette partie de notre sujet, à savoir : si la détermination, soit, relativement à plusieurs fonds circonvoisins, de celui qui doit être assujetti au passage, soit, relativement au fonds assujetti, de l'assiette de ce passage et de ses autres conditions, sous le rapport de la largeur et du mode d'exercice, si, disons-nous, cette double détermination ne peut pas résulter de l'exercice trentenaire du droit de passage par le propriétaire du fonds enclavé; de telle sorte qu'au bout de trente ans, le propriétaire, sur le fonds duquel le passage a été exercé, ne soit plus recevable à prétendre qu'il doit être exercé sur un autre fonds que le sien, ni sur une autre partie de son propre fonds, ni d'après un autre mode?

L'affirmative nous paraît certaine, malgré le dissentiment de M. Vazeille (*des Prescriptions*, n° 410; comp. aussi Paris 30 juin 1859, Matussière, Dev., 1859, II, 557) :

Aux termes de l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans;

Or, dès le jour où, l'enclave existant, le propriétaire, dont le fonds était sans issue sur la voie publique, a exercé sur tel fonds tel droit de passage déterminé, ce jour-là le propriétaire de ce fonds a eu une action pour soutenir, soit que le passage devait être exercé sur un autre fonds que le sien, soit qu'il devait être exercé autrement sur son propre fonds;

Donc, après l'expiration de trente ans, son action est prescrite, s'il ne l'a point exercée.

Et cet argument répond d'avance à l'objection que l'on

prétendrait tirer de l'article 691, d'après lequel les servitudes discontinues ne peuvent pas s'établir par prescription.

C'est qu'il ne s'agit pas du tout, en effet, alors d'établir par prescription la servitude de passage; on le dit, il est vrai, souvent ainsi; et cette proposition se rencontre même dans un certain nombre d'arrêts (Cass., 16 juill. 1821, Pecastaing, Sirey, 1822, I, 154; Cass.; 16 fév. 1835, Cayla, Dev., 1835, I, 806; Caen, 1er déc. 1845, l'État, Dev., 1846, II, 128).

Mais il est évident que c'est là une formule inexacte et qui pourrait même jeter des obscurités et des embarras dans notre sujet. La vérité est que la servitude ici est tout acquise, puisqu'elle est *légale*, c'est-à-dire que le titre du propriétaire enclavé est dans la loi, qui l'établit de plein droit pour lui, dès qu'il y a nécessité, sauf seulement le règlement et la détermination, auxquels il peut y avoir lieu en fait; or, au bout de trente ans, la présomption légale est que cette détermination a été faite d'après la disposition des héritages et les convenances locales; donc, le propriétaire, sur le fonds duquel le passage a été exercé, est non recevable désormais à réclamer, si ce n'est seulement en vertu de l'article 701 (*infra*, n° 635; Toulouse, 28 janv. 1820, Castelnau, et 29 janv. 1820, Gairard, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VI, II, 180 et 198; Amiens, 19 mars 1824, Pappin, Sirey, 1824, II, 242; Pau, 14 mars 1832, Comm. de Lahitte, Dev., 1832, II, 244; Rouen, 16 fév. 1844, *J. du P.*, 1844, t. II, p. 285; Cass., 29 déc. 1847, Payol, Dev., 1849, I, 134; Nancy, 30 mars 1860, Richard; et Grenoble, 7 juin 1860, Vieux. Dev., 1860, II, 447, 448; Paris, 5 avril 1861, Fournier, Dev., 1861, II, 255; et *J. du P.*, 1861, p. 709; Metz, 19 juin 1865, Bauer, Dev., 1865, II, 125; Pardessus, t. I, n° 223; Toullier et Duvergier, t. II, n° 553; Marcadé, art. 682, n° 2; Zachariæ, t. II, p. 65; Demante, t. II, n° 538 *bis*, III).

625. — La solution, qui précède, doit-elle être appliquée même à des immeubles qui seraient inaliénables ou imprescriptibles, comme, par exemple, aux forêts domaniales ou aux immeubles dotaux?

L'affirmative est évidente, dans le cas où il ne serait pas allégué, après l'exercice trentenaire du passage sur un immeuble de cette espèce, que le passage par cet immeuble n'offrait pas le chemin le plus court du fonds enclavé à la voie publique (comp. Cass., 7 mai 1829, maison du roi, Sirey, 1829, I, 332).

Mais c'est au contraire une question controversée et délicate, que celle de savoir s'il doit encore en être ainsi, lorsque le passage par l'immeuble dotal n'offrait pas le trajet le plus court.

Et la Cour de cassation l'a effectivement résolue, dans ce dernier cas, par la négative :

« Attendu, en droit, que bien qu'il soit vrai que le passage dû au fonds enclavé soit une servitude de nécessité, établie par la seule force de la loi, et qui, par conséquent, se peut constituer sur un fonds de sa nature inaliénable, comme sur tout autre fonds, néanmoins la constitution de cette servitude ne peut s'opérer, en vertu de la loi, que dans les cas et sous les conditions qu'elle a déterminés;

« Attendu qu'aux termes des articles 683 et 684, le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique; que néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé;

« Attendu, dans l'espèce, que le trajet le plus court du fonds enclavé à la voie publique, n'étant pas le fonds dotal, ce fonds n'était pas assujetti par la loi à souffrir le passage nécessaire au fonds enclavé; que dès lors, la servitude n'aurait pu s'y établir que par une convention ou par la longue possession dans un temps où cette possession serait légalement utile.... » (20 janvier 1847, Li-

zan, Dev., 1847, I, 129; Cass., 17 juin 1863, Purrey, Dev., 1863, I, 360; cassant un arrêt de Bordeaux, cité *infra*; comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 482).

Sans méconnaître la gravité de ces motifs, nous avouerons que nous ne sommes pas convaincu.

Il est certain que la servitude de passage nécessaire pour cause d'enclave s'applique à tous les immeubles sans distinction, parce qu'en effet il n'y a pas d'inaliénabilité ni d'imprescriptibilité à l'encontre de la loi elle-même; et le régime dotal ne saurait défendre les aliénations, *quæ potestate juris fiunt* (Pothier, *ad Pandect.*, lib. XXIII, tit. v, § 10; *voy.* aussi *supra*, n° 615 *bis*).

Lors donc qu'un fonds dotal ou une forêt domaniale se trouvent au nombre des fonds environnants, qui constituent l'enclave, ils sont atteints, comme tous les autres fonds circonvoisins, par la disposition générale et absolue de l'article 682.

Il est vrai qu'il y a lieu ensuite à la détermination de celui des fonds environnants qui sera assujetti, et de l'assiette même du passage sur ce dernier fonds.

Mais cette détermination est purement déclarative et réglementaire; ce n'est pas elle qui crée la servitude légale; elle ne renferme, sous ce rapport, aucune aliénation; elle ne fait que la reconnaître et l'organiser. Aussi, les articles 683 et 684 ne renferment-ils point de disposition impérative; ce règlement est, avant tout, une question de fait, essentiellement subordonnée à la disposition des lieux et aux circonstances locales, et il ne constitue vraiment qu'un acte d'administration qui pourrait être fait par le mari, pour les biens même dotaux de sa femme (art. 1549), et par le tuteur, pour les biens du mineur, art. 450 (comp. Bordeaux, 6 août 1861, Purrey, Dev., 1862, II, 128; Troplong, *du Contrat de mariage*, t. IV, n° 3277 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 230);

Or, d'une part, les articles 683 et 684 sont applicables aux immeubles dotaux tout aussi bien que l'article 682; d'autre part, ces articles 683 et 684 ne renferment, encore une fois, qu'une règle purement variable et relative, et dont l'exercice, pendant trente ans, du passage sur tel fonds déterminé, fait présumer que l'application a été faite, eu égard à l'état des lieux et aux diverses circonstances du fait;

Donc, au bout de trente ans, on n'est plus recevable à contester, même relativement, aux immeubles dotaux, l'application qui, par le résultat de cette longue possession, a été faite des articles 683 et 684, en exécution de l'article 682.

Nous ne supposons, bien entendu, aucune collusion, ni aucune fraude; mais si tout s'est passé loyalement et de bonne foi, nous croyons que notre section tout entière, avec les principes qu'elle renferme, est applicable aux immeubles dotaux.

Est-ce que, par exemple, l'article 685 ne leur serait pas aussi applicable? Et si le passage pour cause d'enclave avait été exercé pendant trente ans sur un fonds dotal, sans indemnité, est-ce que le mari ou la femme seraient encore recevables à en réclamer une? La doctrine de l'arrêt précité conduirait à le décider ainsi; car on pourrait dire encore que *cette servitude ne peut s'opérer (sur le fonds dotal) que dans les cas et sous les conditions que la loi détermine*. Mais pourtant nous croyons que l'action en indemnité serait prescrite alors comme dans tous les autres cas (Grenoble, 7 janv. 1845, Siraud, Dev., 1845, II, 417).

Concluons donc qu'il ne s'agit nullement ici d'acquérir par prescription un droit de servitude sur un immeuble imprescriptible; la servitude est tout acquise, en vertu de l'article 682; le règlement n'est que déclaratif; et la longue possession du droit de passage fait présumer qu'il a eu lieu le plus équitablement possible, d'après la dis-

position et la nature des différents héritages circonvoisins (comp. Caen, 1er déc. 1845, l'État, Dev., 1846, II, 128; *infra*, nos 634, 635)?

625 *bis*. — Lorsque la détermination du fonds assujetti est ainsi le résultat de la possession trentenaire du droit de passage, l'effet en est-il nécessairement toujours limité au caractère et à l'étendue de cette possession elle-même?

Par exemple, si le propriétaire enclavé n'a passé, pendant les trente ans, qu'à pied ou avec des bêtes de somme, peut-il réclamer le droit de passer sur le même fonds, avec des voitures?

L'affirmative n'est pas douteuse, si ce fonds offre en effet le trajet le plus court du fonds enclavé à la voie publique (*supra*, nos 624, 625).

Mais dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque c'est par un autre fonds voisin que le trajet serait le plus court, le propriétaire du fonds qui a souffert pendant trente ans le passage des personnes et des bêtes de somme, n'est-il pas encore recevable à invoquer l'article 683, lorsqu'on prétend faire passer sur son fonds des voitures? Ne peut-il pas invoquer la maxime : *tantum præscriptum quantum possessum*, et soutenir qu'il n'a renoncé lui-même, par son silence, à faire porter sur l'autre fonds, plus proche de la voie publique, la servitude de passage, qu'autant qu'elle continuerait à s'exercer toujours sur le sien de la même manière?

Nous ne le croirions pas; la règle posée par l'article 683 n'est pas à beaucoup près absolue; et beaucoup de circonstances peuvent faire que le passage soit accordé sur le fonds qui offre le trajet le moins rapproché du fonds enclavé à la voie publique; or, cette détermination du passage une fois faite, est invariable; et quand même, à raison des besoins nouveaux de l'exploitation, la servitude pourrait se trouver aggravée, tout ce qui en résulte c'est qu'un supplément d'indemnité sera dû, mais non

pas que la direction du passage, de quelque manière qu'elle ait été fixée, puisse subir de changement (comp. Solon, n° 335).

N° III.

Sous quelle condition le droit de passage est-il accordé ?

SOMMAIRE.

626. — L'indemnité due par le propriétaire enclavé doit être proportionnée au dommage qui résulte du passage pour le fonds assujetti.
627. — Suite.
628. — Suite.
629. — Suite.
630. — De quelle manière l'indemnité doit-elle être réglée? A la charge de qui sont, en ce cas, les frais de l'expertise qui aurait été ordonnée?
631. — L'indemnité doit-elle être payée préalablement à tout exercice du passage?
632. — Peut-elle être fixée à une somme annuelle?
633. — Dans quels cas et sous quelles conditions l'action en indemnité est-elle prescriptible?
634. — Suite.
635. — Suite.
635 *bis*. — Suite.
635 *ter*. — Suite.

626. — L'article 682 n'accorde au propriétaire enclavé le droit de réclamer le passage sur les fonds de ses voisins, qu'*à la charge d'une indemnité proportionnelle au dommage qu'il peut occasionner*.

Il s'agit donc seulement de rendre indemne, *sine damno*, le propriétaire du fonds assujetti; c'est une réparation, dit fort bien Taulier (t. II, p. 427); ce n'est point un prix pour la fixation duquel on doive prendre en considération l'avantage que le passage procurera au propriétaire enclavé. Tel est le principe, quoiqu'il arrive souvent, en fait, que ce dernier élément exerce une certaine influence sur la fixation du *quantum* de l'indemnité, surtout lorsque l'avantage, qui résulte du passage pour le fonds enclavé, est considérable.

627. — Il suit de là qu'aucune indemnité n'est due par le propriétaire du fonds enclavé, si le propriétaire du

fonds assujetti n'éprouve, à raison du passage, aucun préjudice, comme par exemple, lorsqu'il s'agit d'un terrain vague.

Et les usages de tous les temps sont, à cet égard, d'accord avec la loi, non moins qu'avec les règles du bon voisinage et de la sociabilité humaine. C'est ainsi que les propriétaires des prés et des terres enclavés dans la plaine passent, pour les besoins de l'exploitation, sur les prés et les terres limitrophes, sans que les voisins, qui n'en éprouvent aucune perte, élèvent des réclamations (comp. Bouvot, t. I, part. I, v° *Chemin*, quest. 1 ; De La Rocheflavin, liv. III, lettre S, tit. IV, art. 1 ; Denizart, v° *Laboureur*, n° 12; Pardessus, t. I, n° 221; Demante, t. II, n° 527 *bis*, III; *voy.* toutefois, Cass., 30 nov. 1864, Nourry, Dev., 1865, I, 373).

628. — Pardessus et Demante (*loc. supra cit.*) ajoutent que « le droit à l'indemnité naîtrait du moment où le propriétaire du terrain vague, sur lequel le passage s'exerçait sans aucun tort, viendrait à lui donner une destination, qui ne se concilierait pas sans dommage avec l'exercice du passage. »

Cette proposition est toutefois, peut-être, un peu absolue.

Nous l'admettrions aussi dans le cas où le passage aurait été exercé de fait, sans règlement amiable ni judiciaire, depuis moins de trente ans.

Mais serait-elle encore exacte :

1° Dans le cas où le droit de passage aurait été régulièrement réclamé et accordé, à une époque où il n'y avait pas lieu à indemnité, parce que le passage, à raison de l'état actuel du fonds assujetti, ne causait aucun préjudice;

2° Dans le cas où le passage aurait été exercé sans aucun règlement, ni conventionnel ni judiciaire, pendant plus de trente ans, et où, par conséquent, comme nous allons le voir (*infra*, n° 634), l'action en indemnité serait prescrite?

Nous hésitons à le croire; car, une fois que la position respective des parties est fixée en ce qui concerne l'indemnité, il ne saurait, à notre avis, dépendre du propriétaire du fonds assujetti de la changer; et, de même qu'après avoir reçu, après un règlement amiable ou judiciaire, une certaine indemnité, il ne pourrait pas, en donnant à son fonds une destination nouvelle qui lui rendrait le passage plus dommageable, réclamer une augmentation d'indemnité; de même, il ne peut pas, suivant nous, lorsqu'une fois le passage a été légalement établi sans indemnité, faire naître, après coup, cette dette d'indemnité, par la nouvelle destination qu'il donnerait à son fonds.

629. — C'est précisément en cela que consiste désormais la servitude de passage, lorsqu'elle est établie; c'est que le propriétaire du fonds, sur lequel il s'exerce, ne peut plus rien faire qui en empêche l'exercice; et voilà aussi pourquoi nous pensons que, dans l'évaluation de l'indemnité qui lui est due, on doit prendre en considération non-seulement la valeur du terrain, mais encore le préjudice réel qui pourrait résulter pour lui, sous d'autres rapports, de ce droit de passage (comp. Duranton, t. V, n° 428).

630. — L'indemnité, lorsque les parties ne s'accordent pas pour la régler à l'amiable, doit être déterminée judiciairement, au moyen d'une expertise.

Que les frais en soient à la charge de celui qui réclame le passage dans son intérêt, cela est d'évidence.

Mais M. Solon ajoute que, si le demandeur, en réclamant le passage, faisait offre réelle d'une somme d'argent et que le défendeur la refusât comme étant trop minime, celui-ci devrait être condamné aux frais de la procédure et de l'expertise, si, par le résultat de cette dernière, il était établi que l'offre suffisait (n° 321).

Cette solution est trop absolue; et nous appliquerions ici, pour notre part, la même doctrine que nous avons exposée plus haut (n° 366), sur la question fort analogue

de savoir si les frais d'expertise doivent être supportés par celui des voisins qui achète, dans son intérêt, la mitoyenneté du mur.

631. — D'après Pardessus, il ne serait pas indispensable que l'indemnité fût payée avant que celui qui-demande le passage en use; et il pourrait être autorisé à en jouir pendant les opérations de l'expertise, ou obtenir un délai pour s'acquitter (t. I, n° 221).

Tel ne serait pas notre avis; si l'État lui-même, qui, au nom de l'intérêt public, exproprie un citoyen, est tenu de payer préalablement l'indemnité (art. 545), on ne comprendrait pas que cette condition ne fût pas imposée à un particulier qui réclame, dans son intérêt, un droit de servitude sur le fonds d'autrui. Aussi, l'article 545, qui veut que l'indemnité soit préalable, nous paraît-il être, en cette matière, une règle générale et de droit commun (comp. Duranton, t. V, n° 429, note 1; Solon, n° 320; Taulier, t. II, p. 427).

632. — Et c'est par ce motif, c'est parce que l'indemnité doit être préalable, qu'il nous paraît bien difficile d'admettre qu'elle puisse être fixée à une somme annuelle.

On objecte que « aucune loi n'oblige les tribunaux à ordonner le payement d'un capital au propriétaire du fonds assujetti. » (Comp. Cass., 25 nov. 1845, Lecouteux, D., 1846, I, 325; Jousselin, t. II, p. 553.)

Mais cette loi que l'on méconnaît, c'est, suivant nous, précisément l'article 545; car si l'indemnité ne consiste que dans les prestations annuelles, il est clair qu'elle ne sera pas payée *préalablement* (comp. Cass., 19 et 31 déc. 1838. Charrier et le préfet de Seine-et-Oise, Dev., 1839, I, 19 et 255; Cass., 3 juill. 1843, Castex, Dev., 1843, I, 450; Cass., 2 janv. 1844, Maury, Dev., 1844, II, 153; Caen, 1er déc. 1845, l'Etat, Dev., 1846, II, 128; *voy.* aussi notre tome IX, n° 561).

633. — L'article 685 dispose en ces termes :

« L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'arti-
« cle 682, est prescriptible ; et le passage doit être con-
« tinué, quoique l'action en indemnité ne soit plus re-
« cevable. »

Cette disposition, en apparence très-simple, a soulevé pourtant une difficulté assez sérieuse sur le point de savoir à quels cas précisément elle est applicable.

Il en est deux qui ne sauraient offrir aucun doute; et il est certain, pour tous, que l'action du propriétaire assujetti, à fin de payement d'une indemnité, sera prescrite au bout de trente ans :

1° Si le passage a été exercé après un règlement conventionnel ou judiciaire, qui avait tout à la fois déterminé la direction du passage et le *quantum* de l'indemnité;

2° Si le passage a été exercé après le même règlement, qui, en déterminant la direction du passage, aurait réservé la question relative à l'indemnité.

Dans ces deux cas, en effet, la créance était née au profit du propriétaire du fonds assujetti, soit afin d'obtenir le payement de l'indemnité déjà réglée, soit du moins afin de faire régler le montant de l'indemnité encore indéterminée (art. 2262).

634. — Mais faut-il aller plus loin et décider que la prescription de la créance d'indemnité court du jour où le passage a été exercé par le propriétaire enclavé, lors même qu'il n'y aurait eu aucun règlement, ni conventionnel ni judiciaire, sur l'emplacement et la direction du passage?

Dans notre ancien Droit, cette question aurait dû être résolue négativement, sous l'empire des coutumes de Paris (art. 186), de Normandie (art. 607) et de bien d'autres encore, qui avaient admis la maxime : *nulle servitude sans titre,* et qui ne consacraient pas, d'ailleurs, par une disposition spéciale, la servitude légale de passage en cas d'enclave.

On a objecté, il est vrai, dans l'opinion contraire, que,

dès avant même le Code Napoléon, la jurisprudence et l'usage autorisaient le propriétaire enclavé à exiger un passage sur l'un des fonds voisins (comp. Toulouse, 29 janv. 1820, Gairard, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, 6, I, 198; Amiens, 19 mars 1824, Pappin; et Lyon, 12 juin 1824, Depin, D., 1825, II, 22; Cass., 23 août 1827, Schneider, D., 1827, I, 498).

Mais précisément cette objection prouve qu'il n'existait point alors de loi spéciale, qui établît de plein droit cette servitude, et qu'elle n'était, sous aucun rapport, fondée sur un titre; la jurisprudence permettait bien au propriétaire enclavé de s'adresser à la justice pour obtenir un passage; et alors, la décision judiciaire devenait le titre constitutif de la servitude; mais jusque-là, il n'en existait aucun; et voilà pourquoi Basnage écrivait que « cette question n'est pas malaisée en Normandie, où les servitudes ne se peuvent acquérir sans titre; car toutefois et quantes que la constitution de servitude ne paraît point, *ou qu'elle n'est pas fondée sur la loi ou sur la coutume*, il est vrai de dire que l'on n'a passé par le lieu contentieux que par la souffrance et la civilité du propriétaire. » (*Des Servit.*, p. 488; comp. Cass., 7 fév. 1811, Vauzelle, Sirey, 1813, I, 463; Cass., 22 juin 1825, Lagarde, Sirey, 1825, II, 270; Cass., 11 mai 1830, Grellier, D., 1838, I, 247; Cass., 27 juin 1832, Marchand, Dev., 1832, II, 763; Orléans, 22 juill. 1835, Borderiaux, Dev., 1835, II, 495; Zachariæ, t. II, p. 64.)

635. — Cette solution doit-elle être encore maintenue sous l'empire du Code Napoléon?

Pour l'affirmative, on pourrait raisonner ainsi :

1° Le Code Napoléon n'admet l'acquisition par prescription que des servitudes continues et apparentes (art. 690); or, la servitude de passage est discontinue; donc, il n'admet pas qu'elle puisse s'acquérir sans titre; car, en tant qu'il s'agit des servitudes discontinues, nous suivons encore aujourd'hui la maxime : *nulle servitude*

sans titre (art. 691); et par conséquent l'ancienne solution n'a pas cessé d'être vraie;

2° Objectera-t-on que l'article 685 constitue, au profit du propriétaire enclavé, un titre de servitude légale?

Mais cet article, au contraire, ne fait aussi que consacrer la jurisprudence ancienne, qui permettait seulement au propriétaire enclavé de réclamer un passage; or, sous cette jurisprudence, on considérait que l'exercice du passage ne constituait qu'une possession précaire, tant que le droit de passer n'avait pas été réclamé et obtenu; donc, la décision doit être la même sous l'empire de l'article 685, qui n'établit pas, en effet, lui-même, directement le passage de plein droit, *in abstracto!* mais qui porte seulement que le propriétaire enclavé *peut le réclamer*.

3° Enfin, cette solution est conforme aux principes généraux du droit. Il ne se peut pas que la prescription coure tant que la créance n'est pas certaine, et lorsque la dette pourrait être justement déniée par celui que l'on prétend être obligé; or, si le jour où le propriétaire enclavé a commencé à passer sur l'un des fonds environnants, le propriétaire de ce fonds l'eût actionné en payement d'une indemnité, il eût été fondé à répondre qu'il n'en devait aucune, parce qu'il n'entendait point passer sur ce fonds à titre de servitude, et que son intention, au contraire, était de s'arranger, à cet effet, avec un autre propriétaire voisin. Tout au plus donc, la prescription aurait-elle pu courir, si le fonds, sur lequel le passage a été exercé, enclavait de toutes parts le fonds privé d'issue, et se trouvait le seul sur lequel le passage pût être exercé; car le propriétaire enclavé ne pourrait dire alors qu'il ne passait que parce que l'on ne s'y opposait pas. Mais, dans les autres cas, la dette n'étant pas véritablement née à sa charge, il est impossible qu'il ait pu s'en libérer par la prescription (comp. Cass., 8 juillet 1812, Fresne, Sirey, 1812, I, 298; Vazeille, *des Prescrip-*

tions, t. I, n° 409 ; Mourlon, qui cite l'opinion conforme de M. Valette, *Répétit. écrit.*, t. I, p. 801).

Cette doctrine pourrait être défendue, si on ne s'en tenait qu'à l'article 682; mais elle nous paraît inadmissible, en présence de l'article 685 et du principe nouveau qu'il a consacré :

1° Du texte de l'article 685 il résulte que c'est le propriétaire du fonds, sur lequel le passage est exercé, qui a *une action en indemnité*, c'est-à-dire que c'est lui qui doit se constituer demandeur à cet effet; tandis que le propriétaire du fonds enclavé n'a rien à réclamer et qu'il est, par la loi elle-même, autorisé à passer sur le fonds voisin, par cela seul que le sien est enclavé. Voilà bien évidemment ce que suppose l'article 685, puisqu'il ajoute que *le passage doit être continué*, quoique *l'action en indemnité* ne soit plus recevable. Les rôles sont donc tout à fait intervertis; et notre article 685 consacre le système que déjà l'article 683 avait établi, en décidant que lorsque les eaux d'une source sont nécessaires aux habitants d'une commune, et qu'ils en ont usé pendant trente ans, par suite de cette nécessité, le propriétaire ne peut plus *réclamer une indemnité* (*supra*, n° 98).

2° Le principe nouveau est donc que la servitude légale de passage est due de plein droit, dès qu'il y a enclave, indépendamment de toute réclamation; ou, si l'on veut, que le fait même de l'exercice du passage par le propriétaire enclavé, équivaut virtuellement à cette réclamation, et met dès lors le propriétaire du fonds voisin en demeure de réclamer une indemnité, s'il croit qu'il y soit fondé. Ce que l'article 685 décrète, c'est donc une prescription, non pas acquisitive, mais purement extinctive et libératoire; et la vérité est que si on ne l'appliquait qu'à l'hypothèse où l'indemnité aurait été réglée, il n'ajouterait absolument rien à l'article 682, et qu'il serait, dans notre chapitre, une disposition tout à fait inutile.

Il n'y a pas lieu dès lors d'objecter ici l'article 691,

qui porte que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par titre; car, précisément, il y a un titre; et ce titre, c'est la loi elle-même! (Comp. Cass., 15 nov. 1865, Grenet, Dev., 1866, I, 97.)

La possession, dans ce cas, fondée qu'elle est sur la loi, ne saurait donc être considérée comme à titre précaire et moins encore comme délictueuse.

Aussi, est-il certain qu'elle peut servir de base aux actions possessoires (comp. art. 24 procéd.; Cass., 16 mars 1830, Maillot, D., 1830, I, 168; Cass., 19 nov. 1832, Barrys, D., 1833, I, 46; Cass., 7 juin 1836, comm. de Chauvencourt, Dev., 1836, I, 936; Cass., 12 déc. 1843, Flechet, Dev., 1844, I, 382; Cass., 5 janv. 1857, Marcel, D., 1858, I, 112; et Dev., 1858, I, 739; Curasson, *des Juges de paix*, t. II, p. 323).

Et c'est justement aussi que l'on a décidé que le propriétaire enclavé qui passe sur les héritages voisins avant le payement de l'indemnité due, et même avant la fixation du lieu de passage, n'est point passible des peines de police (Cass., 25 avril 1846, de Sacy, Dev., 1846, I, 798; 16 septembre 1853, Tabary, Dev., 1854, I, 192; Cass., 22 janv. 1857, Aimont, Dev., 1857, I, 495; Cass., 2 mai 1861, Lépagnol, *J. du P.*, 1861, p. 996).

Quant à l'argument qui consiste à dire que le propriétaire enclavé a pu ne passer que par tolérance sur le fonds, parce que, peut être, il aurait pu s'arranger avec le propriétaire d'un autre fonds, il ne nous paraît guère admissible, lorsque le passage a été exercé par lui pendant trente ans sur le même fonds.

Concluons donc que l'exercice trentenaire du passage par le propriétaire enclavé sur les fonds voisins, produit, indépendamment de toute espèce de réclamation, le triple effet :

1° De déterminer, entre les fonds circonvoisins, celui qui sera assujetti;

2° De déterminer, sur le fonds assujetti, l'assiette et le mode d'exercice du passage (*supra*, n° 624);

3° De libérer le propriétaire enclavé de toute action en indemnité de la part du propriétaire sur le fonds duquel le passage a été exercé (comp. Cass., 10 juill. 1821, Pecastaing, Sirey, 1822, I, 154; Bordeaux, 27 fév. 1827, Barbe, Sirey, 1827, II, 248; Cass., 16 fév. 1835, Cayla, Dev., 1835, I, 806; Lalaure, liv. III, chap. VII, p. 233, 234; Toullier et Duvergier, t. II, n° 553; Pardessus, t. I, n°s 223, 224; Demante, t. II, n° 539 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 326; Zachariæ, t. II, p. 64; Marcadé, sur l'article 685; Jousselin, t. II, p. 554).

635 *bis*. — Il est important, toutefois, de remarquer qu'encore bien qu'il s'agisse, dans ce cas, d'une prescription extinctive, la possession, qui lui sert de base, doit réunir néanmoins toutes les conditions exigées pour la prescription acquisitive, parce qu'en effet, c'est la possession de la servitude légale de passage, avec ces conditions, qui fait supposer l'existence d'un règlement antérieur, exprès ou tacite (art. 2229, 2232).

Et de là les conséquences suivantes :

1° Il faut que cette concession ne soit pas de simple tolérance; d'où il suit qu'elle ne commence utilement que du jour où il y a enclave, et dès lors titre légal fondé sur la nécessité; il ne faudrait donc pas tenir compte du temps antérieur à l'enclave, pendant lequel le propriétaire, aujourd'hui enclavé, n'aurait alors passé que par pure tolérance sur le fonds de son voisin; mais, dès qu'il y a enclave, l'exercice du passage est fondé sur la loi, sans distinguer si l'héritage sur lequel il est exercé, est clos ou non (comp. Toullier, t. II, n° 553).

C'est d'ailleurs généralement au propriétaire enclavé qui invoque l'application de l'article 685, à prouver qu'il a exercé le passage pendant trente ans depuis l'existence de l'enclave (comp. art. 1315; Pardessus, t. I, n° 224; Duranton, t. V, n° 430).

2° Il faut que la possession soit publique; sous ce rapport, il y aura lieu de prendre en grande considération l'existence d'un chemin tracé ou de tout autre signe apparent de passage, quoique pourtant cette circonstance ne nous paraisse pas indispensable (comp. Cass., 23 août 1827, Schneider, D., 1827, I, 498; Cass., 16 fév. 1835, Cayla, Dev., 1835, I, 806; *voy.* toutefois Cass., 7 fév. 1811, Sirey, 1813, I, 463).

3° Enfin, il faut que la possession soit continue et non interrompue; mais rien ne s'oppose à ce que les magistrats décident, en fait :

Ou que la possession aurait été continue, lors même que le propriétaire enclavé aurait passé alternativement tantôt sur un fonds, tantôt sur un autre fonds appartenant au même voisin, surtout si cette alternative avait eu lieu dans l'intérêt de ce voisin, et s'expliquait par l'état alternatif de culture de chacun de ses héritages (comp. Cass., 11 juill. 1837, De acan, Dev., 1838, I, 41);

Ou bien encore que la possession aurait été non pas interrompue, mais seulement suspendue, si la cessation de l'exercice du passage ne devait être attribuée qu'à un fait accidentel et indépendant de la volonté des parties, comme, par exemple, la rupture d'un pont (comp. Cass., 29 déc. 1847, Cayol, Dev., 1849, I, 134).

635 *ter.* — Ajoutons qu'il peut arriver, quand le passage s'exerce sur plusieurs fonds, que le droit à l'indemnité soit prescrit vis-à-vis de l'un d'eux, et ne soit pas prescrit vis-à-vis des autres. Le principe de l'indivisibilité des servitudes n'y saurait évidemment faire obstacle; car le droit à l'indemnité est parfaitement divisible à l'égard des différents propriétaires auxquels il peut appartenir! (Comp. Cass., 31 déc. 1860, Cauvet, Dev., 1861, I, 991.)

N° IV.

Quels sont les effets du droit de passage?

SOMMAIRE.

636. — Le propriétaire du fonds assujetti n'est tenu de céder aucune portion de sa propriété. — Le droit de passage grève seulement son fonds d'une servitude; mais aussi cette servitude, une fois constituée, produit tous les effets d'une véritable servitude, établie par le fait de l'homme.
637. — Le maître du fonds continue à pouvoir exercer tous ses droits de propriété, à la condition seulement de ne pas gêner le droit de passage. — Peut-il se servir du chemin?
638. — Peut-il clore son héritage?
639. — Des droits du propriétaire du fonds servant. — Comment et suivant quel mode doit-il exercer le passage?
640. — Suite. — Quelles sont ses obligations?
641. — Cette servitude de passage serait-elle éteinte par le non-usage pendant trente ans, si le fait de l'enclave n'avait pas cessé d'exister?
642. — Cesserait-elle d'exister, dans le cas où l'enclave viendrait à cesser?
643. — Suite.
644. — Il ne faut pas confondre la servitude légale de passage pour cause d'enclave avec les passages qui s'exercent pour l'exploitation de plusieurs fonds, par des sentes ou sentiers, ou chemins de desserte. — Différences.
645. — Des autres espèces de passages qui peuvent, dans certains cas, être exigés.

636. — Rappelons d'abord qu'il ne s'agit ici que de l'établissement d'une servitude, et que le voisin, sur lequel le passage doit s'exercer, n'est tenu de céder aucune portion de sa propriété.

Son fonds est seulement désormais assujetti à une servitude, qui, une fois établie en vertu de la loi, offre tous les caractères et doit, en général, produire tous les effets d'une servitude véritable et ordinaire, qui aurait été établie par le fait de l'homme; rien n'annonce effectivement dans nos articles (682-685) que l'origine de cette servitude et sa cause initiale doivent la différencier ensuite d'avec les autres servitudes proprement dites (comp. Metz, 19 janv. 1858, Raiser, Dev., 1858, II, 460; Cass., 1er août 1861, Blanc, Dev., 1861, I, 945).

De cette prémisse capitale dérivent tous les effets de la servitude de passage, que nous avons à exposer.

637. — Ainsi, le maître de l'héritage servant conserve la propriété de tout son fonds; et il peut en exercer les droits sous la condition seulement de ne pas entraver ou rendre plus incommode l'exercice du droit de passage (art. 701; comp. Metz, 19 janv. 1858, Raiser, *J. de P.*, t. I de 1858, p. 400; Paris, 10 nov. 1862, Bernachi, Dev., 1864, II, 52).

Il peut donc se servir lui-même du chemin, à la charge, dans ce cas, de contribuer aux frais d'entretien (*infra*, n° 640); il peut planter, bâtir, ouvrir des jours ou des fenêtres même dans un mur joignant immédiatement l'endroit par lequel le passage s'exerce, etc.

638. — Mais peut-il toujours clore son héritage?

La négative semble résulter de l'article 647, qui dispose que : « tout propriétaire peut clore son héritage, *sauf l'exception portée en l'article* 682. » Et on a effectivement enseigné que le passage doit toujours être libre, sans porte ni barrières, parce qu'on ne pouvait pas obliger le propriétaire du fonds dominant à se charger d'une clef, et à répondre des inconvénients qui pourraient résulter de ce qu'il aurait oublié de fermer la porte ou la barrière (comp. Duranton, t. V, n° 434).

Cette solution est, suivant nous, beaucoup trop absolue :

Ce que veut dire l'article 647, c'est que le propriétaire dont le fonds est assujetti à un droit de passage, ne peut pas, au moyen d'une clôture, s'affranchir de cette servitude; mais il n'en résulte nullement qu'il ne puisse pas du tout se clore, si d'ailleurs le mode et les conditions de la clôture, qu'il adopte, sont compatibles avec l'exercice de la servitude du passage, eu égard à la manière dont le propriétaire du fonds dominant a le droit d'en user. C'est donc principalement là une question de fait à décider d'après l'article 701 :

« Attendu, dit très-bien la Cour de cassation, que la faculté de se clore appartenant, aux termes de l'article 647 C. Napol., à tout propriétaire d'héritage, doit nécessairement subir quelques restrictions, ainsi qu'il résulte de la disposition même dudit article, lorsque l'héritage se trouve grevé d'une servitude de passage au profit d'un autre fonds, soit en vertu d'un titre, soit dans les termes de l'article 682, et que dans ce cas, il y a lieu pour les tribunaux, tout en respectant, autant que possible, le droit de clôture du fonds servant, de veiller à ce qu'aux termes de l'article 701, il ne soit rien fait qui tende à diminuer ou à rendre plus incommode, au préjudice du fonds dominant, l'usage de la servitude. » (28 juin 1853, Andrin, Dev., 1854, I, 57; comp. Bordeaux, 4 mai 1832, Peychaud, Dev., 1833, II, 283; Cass., 31 déc. 1839, Hébert, Dev., 1848, I, 528; Besançon, 14 nov. 1844, Jacquard, Dev., 1845, II, 601; Rouen, 16 août 1856, Depeaux, Dev., 1857, II, 67; Voët, *ad Pandect.* tit. *De servit. præd. rust.*, n° 4; Pardessus, t. I, n° 134; Solon, n° 329; *supra*, n° 283, et aussi *infra*, n° 640.)

639. — De son côté, le propriétaire de l'héritage dominant n'a le droit d'user de la servitude que pour l'exploitation déterminée et définie du fonds enclavé, en raison de laquelle le passage lui a été accordé (comp. art. 637, 682 et 702; Bordeaux, 23 mai 1830, Terrade, D., 1830, II, 247).

Il ne pourrait pas céder ni communiquer à d'autres voisins son droit de passage, ni l'exercer lui-même pour un fonds qu'il aurait nouvellement acquis, sauf à réclamer aussi pour ce fonds un droit de passage; il ne pourrait pas non plus évidemment, ni planter ni bâtir sur le fonds servant.

Mais le droit de passer sera-t-il permanent et indéfini, ou bien seulement accidentel ou intermittent?

Pourra-t-il être exercé en toute saison et à toute heure

de nuit aussi bien que de jour, ou seulement, comme disaient nos anciens, *congruis horis*.

Questions de fait, sur lesquelles, en théorie, il serait impossible de donner une solution absolue, et qu'il sera toujours très-prudent de prévenir et de résoudre, le plus clairement possible, au moment même de l'établissement de la servitude, à ce moment où l'indemnité est évaluée en raison de toutes les modalités plus ou moins onéreuses de son exercice. C'est surtout, en effet, dans l'exercice, dans l'exécution même, que s'élèvent la plupart des difficultés relatives aux servitudes; et cela est particulièrement vrai du droit de passage : *cette servitude*, disait Basnage, *peut recevoir beaucoup de difficultés dans l'exécution* (*des Servitudes*, p. 426); tout dépend des circonstances du fait, de la fin pour laquelle le passage a été accordé, du genre d'exploitation du fonds enclavé, de l'état du fonds assujetti, suivant qu'il est clos ou non clos, champ, pré, cour, jardin ou allée, etc. On verra, on appréciera ! (Comp. Lalaure, *des Servit.*, p. 59, 60; Toulier, t. II, n° 657; Pardessus, t. I, n° 220; Perrin, *Code de la contiguïté*, p. 539.)

640. — C'est d'ailleurs, bien entendu, le propriétaire du fonds dominant qui doit faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires pour l'exercice du passage (articles 697, 698), sauf contribution, entre les deux propriétaires, s'ils en usent l'un et l'autre (*supra*, n° 637).

Mais le propriétaire du fonds dominant, dans l'exécution de ces ouvrages, doit changer le moins possible l'état des choses actuel sur le fonds servant; et il ne serait pas lui! généralement fondé à fermer le passage par une porte ou une barrière, si le propriétaire du fonds servant voulait, au contraire, qu'il le laissât libre (*supra*, n° 638; Duranton, t. V, n° 434).

Il est bien entendu qu'après les travaux convenablement exécutés, il ne serait pas responsable des cas fortuits ou de force majeure. (Comp. *infra*, n° 840;

Cass., 13 févr. 1867, Boydet, le *Droit* du 14 févr. 1867.)

641. — Cette servitude de passage serait éteinte par le non-usage pendant trente ans, aux termes de l'article 706, lors même que le fait de l'enclave n'aurait pas cessé d'exister.

Sans doute, le propriétaire, étant toujours enclavé, pourrait encore réclamer un nouveau droit de passage, en vertu de l'article 682, et moyennant une nouvelle indemnité; le titre légal ne saurait périr; nous avons vu qu'il est imprescriptible (*supra*, n° 614 *bis*). Mais la servitude une fois établie, est, au contraire, tout aussi bien que les autres servitudes, susceptible de s'éteindre par le non-usage.

Pardessus avait d'abord enseigné une doctrine contraire, par le motif que le propriétaire enclavé avait été libre d'exploiter ou de ne pas exploiter son fonds, et que c'était là une de ces pures facultés, qui ne périssent point par le non-usage; et tel semblerait encore le sentiment de Taulier (t. II, p. 428).

Mais il est clair que cet argument ne tendrait à rien moins qu'à effacer l'article 706 tout entier! Non, ce n'est pas un acte de pure faculté que d'user ou de ne pas user d'une servitude, que l'on a sur le fonds d'autrui; car ces sortes d'actes sont ceux-là seulement que le propriétaire peut faire ou ne pas faire chez soi et sur son fonds, et qui ne supposent, de sa part, aucune relation ni avec une autre personne, ni avec un autre fonds. Evidemment une servitude de passage établie par le fait de l'homme périrait par le non-usage, lors même que le fonds dominant serait demeuré inculte; or, nous l'avons déjà dit, la servitude de passage, une fois établie en vertu de l'article 682, constitue une servitude régulière, gouvernée, de tous points, par les mêmes principes que toutes les autres servitudes (comp. Pardessus, t. I, n° 225; Duranton, t. V, n° 436).

642. — Et voilà pourquoi nous pensons également que cette servitude ne cesserait pas d'exister dans le cas où l'enclave viendrait à cesser d'une manière accidentelle ou même définitive, soit par la réunion du fonds enclavé à un autre fonds appartenant au même propriétaire et joignant la voie publique, soit par l'établissement d'un chemin.

Cette solution toutefois est fort controversée ; et un parti considérable, dans la doctrine et dans la jurisprudence, soutient la décision contraire :

1° L'effet, dit-on, doit cesser avec la cause ; or, le droit de passage n'était accordé que par suite de la nécessité qui résultait de l'enclave; donc, il n'a plus de raison d'être, dès que le fonds enclavé a une issue sur la voie publique; et cela, lors même que le nouveau chemin à parcourir serait plus long que l'ancien ; car il n'y a plus d'enclave.

2° L'intérêt général de l'agriculture l'exige ainsi non moins que l'intérêt privé des propriétaires; la multiplication des passages subdivise, en effet, les propriétés d'une manière nuisible et leur enlève des terrains précieux ; et la loi n'a dû imposer forcément une telle charge aux fonds voisins que pour le temps pendant lequel elle serait justifiée par la nécessité même qui l'a fait établir.

3° C'est dans cet esprit qu'a été conçu l'article 701, qui permet au propriétaire du fonds servant de demander que la servitude s'exerce dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée (comp. Agen, 14 août 1834, Rieumajou, D , 1835, II, 55 ; Lyon, 24 déc. 1841, Saye, D., 1842, II, 163 ; Limoges, 20 févr. 1843, Faure, Dev., 1844, II, 158 ; Rouen, 16 févr. 1844, Grommard, et Orléans, 23 août 1844, Pays, Dev., 1848, I, 193, note 1 ; Rouen, 13 déc. 1862, Lejeune, Dev., 1863, II, 176; Paris, 20 nov. 1865, Marraux, Dev., 1866, II, 4; Toullier, t. II, n° 554 ; Pardessus, t. I, n° 225 ; Solon, n°s 331, 332 ; Marcadé,

n° 682 ; Zachariæ, t. II, p. 65 ; Taulier, t. II, p. 429 ; Demante, t. II, n° 539 *bis*, II).

Ces arguments ne nous paraissent nullement décisifs; et nous maintenons notre solution :

1° Les servitudes sont, en général, perpétuelles, comme les héritages dont elles deviennent des attributs ; et elles ne s'eteignent que dans les cas déterminés par la loi (art. 703 et suiv.); cette règle sera évidemment applicable à la servitude de passage dont il est question dans l'article 682, à moins que la loi n'y ait apporté une exception ;

Or, d'une part, lorsque la servitude de passage est accordée au fonds enclavé, ce n'est pas pour un temps, mais pour toujours ; ce n'est pas sous une condition résolutoire quelconque, mais d'une manière incommutable et absolue ; et c'est en raison de la perpétuité du droit concédé que l'indemnité est réglée de gré à gré ou en justice ; d'autre part, lorsque la servitude est une fois établie, aucun texte ne la soumet à un mode particulier d'extinction, et n'autorise ni l'une ni l'autre des parties à revenir, en aucun cas, contre ce qui a été fait ;

Donc, on se trouve nécessairement sous l'empire de la règle générale, qui déclare la perpétuité des servitudes réelles, sauf les cas d'extinction déterminés par la loi. L'établissement de cette servitude constitue, en effet, une sorte d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique; or, il est de principe que cette expropriation est irrévocable, et que l'exproprié ne pourrait pas redemander son ancienne propriété, lors même que l'utilité publique, qui a été la cause de l'expropriation, viendrait à cesser (comp. art. 60 et 61 de la loi du 3 mai 1841).

2° C'est abuser de la maxime : *cessante causa, cessat effectus,* que de prétendre y trouver un moyen d'extinction pour cette servitude. La cause médiate de l'établissement de la servitude à raison de l'enclave, c'est, il est vrai, seulement d'abord une obligation de voisinage, qui

est érigée en loi par l'article 682; mais telle n'est pas la cause immédiate de la servitude elle-même; l'enclave en est le motif occasionnel, il n'en est pas la cause, dans le sens technique de ce mot; la vraie cause de la servitude une fois établie, sa cause prochaine et directe, c'est la loi elle-même qui l'établit d'une façon perpétuelle, à la charge d'une indemnité représentative précisément du dommage résultant de la perpétuité du droit établi.

3° Qui ne voit d'ailleurs tout ce que la doctrine contraire, malgré son apparence d'équité aurait de conséquences fâcheuses et injustes? Sur la foi de cette servitude de passage qui lui est accordée, non pas temporairement, mais pour toujours, le propriétaire enclave aura souvent fait des constructions, des établissements ou aménagements quelconques, plus ou moins dispendieux; et il les aura disposés en raison même de l'issue qu'il avait et de la direction du chemin; et tout cela pourrait se trouver, un jour, inutile et perdu, si son fonds acquérait un autre moyen d'accès à la voie publique!

4° On objecte l'article 701! Mais autre chose est apparemment la faculté de demander que le lieu d'exercice de la servitude soit déplacé; autre chose le droit que l'on veut attribuer ici aux tribunaux, de prononcer l'extinction de la servitude elle-même! Nous disons : *le droit;* mais Pardessus semble même n'en faire qu'une question de circonstances, qu'il *faudrait laisser*, dit-il, *à l'appréciation des tribunaux*, qui ne devraient prononcer l'extinction du passage, que *lorsque celui qui a été contraint de le fournir*, aurait quelque intérêt sensible à rentrer dans la libre propriété de son terrain (*loc. supra cit.*); et Demante aussi paraît admettre cette distinction entre celui qui exerce le passage et celui qui y est assujetti (*loc. supra cit.*).

Distinction impossible, suivant nous, et qui devient ainsi un argument de plus contre le système tout entier.

De deux choses l'une : ou la servitude de passage doit

cesser avec l'enclave; et alors, ce mode d'extinction doit pouvoir être invoqué, de chaque côté, par le propriétaire du fonds dominant aussi bien que par le propriétaire du fonds servant; ou la servitude ne cesse pas; et alors, elle doit continuer d'exister également pour l'un comme pour l'autre; car elle a été établie à titre onéreux, et la volonté de la loi a suppléé au consentement de l'un des propriétaires; nous croyons avoir établi que cette dernière partie de l'alternative est la seule vraie (comp. Toulouse, 16 mai 1829, Portefaix, D., 1830, II, 242; Grenoble, 15 mai 1839, Ageron, Dev., 1845, II, 418; Caen, 1er déc. 1845, Guilbeau, Dev., 1846, II, 128; Cass., 19 janv. 1848, mêmes parties, Dev., 1848, I, 193; Aix, 14 juin 1844, Boston; Bordeaux, 18 mars 1845, Cartout; Grenoble, 20 nov. 1847, Beyton, Dev., 1848, I, 193, note 1; Douai, 23 nov. 1850, Carlot, Dev., 1851, II, 52; Cass., 1er août 1861, Blanc, Dev., 1861, I, 945; Bordeaux, 25 juin 1863, Malfille, Dev., 1863, II, 208; Lyon, 12 juill. 1865, Martin, Dev., 1865, II, 288; Duranton, t. V, n° 435).

643. — Et ce qui démontre de plus en plus combien la doctrine, que nous venons de combattre, est inadmissible, ce sont les embarras et les contradictions auxquels sont bientôt livrés ses partisans, lorsqu'il s'agit de savoir si l'indemnité alors devrait être restituée par le propriétaire du fonds servant, dans quels cas et jusqu'à concurrence de quelle somme il y aurait lieu à cette restitution :

Les uns enseignant que le capital tout entier de l'indemnité devrait être restitué, et que les intérêts seulement se compenseront avec l'exercice passé de la servitude (Pardessus, t. I, n° 226; Solon, n° 332; Taulier, t. II, p. 429);

Les autres voulant qu'il n'y ait lieu qu'à la restitution de partie de l'indemnité reçue (Zachariæ, t. II, p. 66);

Ceux-ci admettant qu'il y aura lieu à la restitution

d'une indemnité, non-seulement dans le cas où il serait établi qu'une indemnité a été effectivement payée à la suite d'un règlement conventionnel ou judiciaire, mais encore dans le cas où elle devrait être présumée avoir été payée, après l'exercice trentenaire du droit de passage; auquel cas il faudrait arbitrer le montant de l'indemnité, qui aurait dû être vraisemblablement payée (*supra*);

Ceux-là, au contraire, prétendant que lorsqu'il n'est pas établi qu'une indemnité a été payée, et que l'affranchissement de l'action en indemnité ne résulte que de l'exercice trentenaire du droit de passage, il n'y a lieu à aucune restitution, par le motif que la prescription n'est qu'une exception contre l'action en indemnité, mais qu'elle ne saurait former un titre à l'appui de la demande du propriétaire enclavé, afin d'obtenir la restitution d'une indemnité, qu'il ne prouve pas qu'il ait payée (Solon, n° 332).

Pour notre part, et en admettant, pour un instant, la doctrine d'après laquelle la servitude cesserait, lorsque le fonds ne serait plus enclavé, nous croyons qu'il y aurait lieu à la restitution du total de l'indemnité, même dans le cas de prescription, parce que, même alors, une indemnité est présumée avoir été payée; et non-seulement du total de l'indemnité, mais nous ajoutons même que le propriétaire du fonds servant, qui refuserait désormais le passage, devrait, en outre, indemniser le propriétaire du fonds dominant des dépenses qu'il aurait faites sur le chemin qu'il serait forcé d'abandonner, comme aussi de celles qu'il lui faudrait faire sur le nouveau chemin sur lequel il serait désormais obligé de passer (comp. Agen, 14 août 1835, Rieumajou, D., 1835, II, 155; Limoges, 20 nov. 1843, Faure, Dev., 1844, II, 158; Caen, 1er déc. 1845, Guilhon, Dev., 1846, II, 128; Cass., 19 janv. 1848, mêmes parties, Dev., 1848, I, 193; Paris, 20 nov. 1865, Marraux, Dev., 1866, II, 4).

644. — Nous ne nous sommes occupé, dans tout ce qui précède, que de la servitude de passage établie d'après l'article 682; et tel était, en effet, seulement ici l'objet de notre étude.

Il ne faut pas d'ailleurs confondre cette espèce de servitude avec les passages qui s'exercent sur des chemins servant à l'exploitation de plusieurs fonds, de même culture ou de cultures diverses, appartenant à différents propriétaires. Ces sortes de voies généralement connues sous le nom de *sentes* ou *sentiers d'exploitation*, ou *chemins de desserte*, quand elles ne font point partie des chemins communaux ou vicinaux, forment presque toujours, entre les propriétaires dont elles traversent ou bordent les héritages, terres, prés, vignes ou bois, etc., une copropriété affectée d'une servitude d'indivision, comme serait une allée, et qu'il faut dès lors régir non point par les principes des servitudes, mais, par ceux de la copropriété (*supra*, n° 444); copropriété, dont l'origine reculée suppose la destination du père de famille, ou d'anciens accommodements entre les propriétaires, ou même la prescription (comp. Boucheul, sur la cout. de Poitou, art. 12, n° 18; Lalaure, *des Servit.*, liv. VII, chap. VII, p. 223; Cass., 20 mai 1828, Descoins, D., 1828, I, 273; Cass., 27 déc. 1830, Bernard, D., 1831, I, 29; Cass., 11 avril 1853, Abrantet, *J. du P.*, t. I de 1855, p. 100; Cass., 25 avril 1855, Moret, D., 1855, I, 160; Duranton, t. V, n° 437; Pardessus, t. I, n° 217).

645. — Encore moins, avons-nous à nous occuper ici des passages qui peuvent être exigés pour l'exploitation des mines et le desséchement des marais (loi des 16 juil. 1791 et 16 sept. 1807), ou pour le service de la navigation (Ord de 1669, tit. XXVIII, art. 37; décret du 22 juin 1808; *supra*, n° 303), etc. Ce sont là des lois spéciales, qui appartiennent plus au droit public et administratif qu'au droit privé.

SECTION VI.

EXISTE-T-IL ENCORE D'AUTRES SERVITUDES D'UTILITÉ PRIVÉE EN DEHORS DES ARTICLES COMPRIS DANS LES CINQ SECTIONS QUI PRÉCÈDENT?

SOMMAIRE.

646. — Exposition. — Distinction.
647. — A. Du cas où l'entreprise quelconque faite par un propriétaire sur son fonds, n'a pour résultat que de priver le propriétaire du fonds voisin des avantages dont il avait joui jusqu'alors. — Exemples.
648. — Suite. — *Quid*, si le propriétaire, en faisant chez lui cette entreprise, n'avait eu d'autre but que de nuire à son voisin?
649. — Suite. — *Quid*, si, entre deux modes de jouissance à peu près semblables dans leurs résultats, un propriétaire préfère celui qui est le plus nuisible à ses voisins?
650. — Suite. — Conclusion.
651. — B. Du cas où les travaux qu'un propriétaire exécute sur son fonds, ont pour résultat de transmettre au fonds voisin des substances ou des exhalaisons nuisibles, ou d'y causer un bruit intolérable. — Spécialement, le propriétaire voisin d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode, classé et autorisé, peut-il réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice que cet établissement lui causerait?
652. — Suite.
653. — Suite.
654. — Suite.
654 *bis*. — Suite.
655. — Suite. — Faut-il distinguer si le voisin qui réclame des dommages-intérêts, s'est, ou non, opposé à la concession de l'autorisation administrative?
656. — *Quid*, s'il s'agit d'un établissement ou atelier quelconque, non classé ni autorisé?
657. — Les principes qui précèdent, sont appliquables entre deux établissements industriels, l'un à l'égard de l'autre.
658. — En fait, de quelle manière ces principes doivent-ils être appliqués? — Et dans quels cas y a-t-il lieu d'accorder des dommages-intérêts?
659. — Suite.
659 *bis*. — Suite. — Du droit de préoccupation dans les relations du voisinage.
660. — De la quotité des dommages-intérêts, et de la manière dont ils doivent être accordés.
661. — Les dommages-intérêts doivent être accordés pour le préjudice causé, soit avant la demande, soit depuis.
662. — *Quid*, en ce qui concerne le préjudice futur?
663. — Suite.

646. — Il nous reste, sur ce sujet, à examiner une thèse importante et délicate, à savoir :

S'il n'existe pas encore d'autres restrictions à l'exercice du droit de propriété, que celles qui ont été apportées par notre Code, sous le nom de servitudes légales !

Ou, au contraire, si, en dehors de ces servitudes établies par la loi pour l'utilité des particuliers (art. 649, 651 et 652), le propriétaire a le droit de faire sur son héritage tout ce que bon lui semble, sans se mettre aucunement en peine de ce qui peut en résulter pour les héritages voisins ?

A l'appui de cette dernière proposition, un raisonnement bien simple se présente tout d'abord :

'article 544 définit « la propriété, le droit de jouir et « disposer des choses de la manière la plus absolue, « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les « lois ou par les règlements. » (Ajout. art. 537.)

Or, nous supposons que le propriétaire, dans l'ouvrage ou l'entreprise quelconque qu'il veut exécuter sur son fonds, ne viole aucune loi ni aucun règlement ;

Donc, son droit est alors absolu ; et il peut faire tout ce qui lui plaît, quoi qu'il en advienne pour le fonds du voisin.

Objectera-t-on que, d'après l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer?

Il est facile de répondre qu'il n'y a aucune faute de la part de celui qui ne fait qu'user de son droit : *quum quis jure in suo faceret* (L. 26, ff. *De damn. infect.*).

Cette argumentation est très-forte ; et il faudra certainement lui faire sa part; mais nous croyons que la conclusion en serait trop absolue; et la thèse proposée exige, suivant nous, une distinction :

Ou l'entreprise qu'un propriétaire fait sur son fonds, n'a pour résultat que de priver le propriétaire du fonds voisin des avantages dont il avait joui jusqu'alors ;

Ou elle a pour effet de lui causer véritablement un dommage.

647. — A. Dans le premier cas, nous adoptons pleinement l'argumentation qui précède; et notre avis est que le propriétaire peut faire, sur son fonds, tous les travaux que bon lui semble, lors même que ces travaux auraient pour résultat de priver le voisin des avantages dont il jouissait.

Mon voisin avait un puits ou une fontaine; et par des fouilles pratiquées chez moi, je coupe et je détourne les veines d'eau souterraines qui les alimentaient. Point d'action contre moi de la part du voisin (*supra*, n° 65);

Ou bien, sa maison avait une vue fort étendue sur mon héritage; elle était saine et bien aérée; et voilà que je construis, sur mon sol, un bâtiment qui obstrue ses vues et qui rend sa maison sombre et humide. Pas d'action d'avantage!

Car je suis propriétaire du dessus et du dessous (art. 552); et soit que je creuse ou que j'édifie, je ne fais alors qu'user de ma propriété, chez moi, dans mes limites, sans atteindre la propriété voisine, et sans lui rien envoyer de nuisible ni de dommageable. Je puis donc creuser *par-dessous* aussi bas, et édifier *par-dessus* aussi haut qu'il me plaît, sans que le voisin puisse se plaindre, lors même que l'avantage et la valeur de sa propriété en seraient notablement amoindris (comp. L. 8, Cod. *de Servit.*; Julien, *Elém. de jurisp.*, liv. II, tit. II, n° 8; Cœpolla, *de Servit. urban. præd.*, cap. XXXIX, n° 1; Davot, liv. II, tit. VIII, § 2, n° 36; *voy.* toutefois Ferrière, sur l'article 187 de la cout. de Paris et Metz, 12 juin 1807, D., 1807, II, 188; Bruxelles, 23 août 1810, Sirey, 1811, II, 256).

Ce principe était formellement enseigné par les jurisconsultes romains:

« .... Quia non debeat videri is damnum facere, qui « *eo veluti lucro*, quo adhuc utebatur, prohibetur; mul- « tumque interesse utrum *damnum quis faciat*, *an lucro* « *quod adhuc faciebat*, uti prohibeatur. » (L. 26, ff. *de damm. infect.*; L. 8, § 5, ff., *si servit. vindic.*).

Telle était aussi la doctrine de nos anciens jurisconsultes français :

« Creuser un puits chez soi, quoique le puits du voisin vienne à tarir, disait Bannelier, ne laisse pas d'être un fait permis ; c'est un pur cas fortuit ; et à parler bien exactement, le voisin souffre moins un *dommage* effectif qu'il ne cesse de faire un *profit* casuel, accidentel, provisoire, sur lequel il n'a pas dû compter.... » (Sur Davot, *des Droits du voisinage*, liv. II, tit. VIII, § 2, n° 45, note 1 ; ajout. Domat, *Lois civ.*, liv. III. tit. V, sect. I, n° 17.)

Et ce principe est encore aujourd'hui généralement reconnu (comp. Cass., 29 nov. 1830, Massé, Dev., 1831, I, 110 ; Grenoble, 5 nov. 1834, d'Apprieux, Dev., 1834, II, 491 ; Pardessus, t. I, n° 76 ; Toullier, t. II, n° 328 ; Zachariæ, t. II, p. 57 ; Marcadé, sur l'article 674 ; Cotelle, *Cours de Droit adm. appliqué aux trav. publics*, t. II, p. 547 ; Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, t. I, n° 425).

648. — Nous devons ajouter toutefois qu'on apporte généalement à ce principe une importante modification, et que l'on prétend qu'il ne serait plus applicable, si le propriétaire, en faisant, sur son fonds, un travail dont le résultat est de priver son voisin des avantages dont il jouissait, n'avait eu d'autre but que de nuire à ce voisin sans intérêt pour lui-même.

Cette modification paraît être, en effet, aussi ancienne que le principe ; et nous la retrouvons, toujours, à côté de lui, chez les jurisconsultes romains (L. I, § 12, ff. *de aqua*) ; chez nos anciens auteurs (Domat, Bannelier sur Davot, *loc. supra cit.*; Dunod, *des Prescript.*, part. I, chap. XII), et chez les écrivains modernes (Toullier, t. II, n° 119 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1486 ; Duvergier, *Revue de droit français et étranger*, t. X, p. 623 ; Sourdat, *Traité gén. de la responsabilité*, t. I, n° 439 ; *voy.* aussi le motif d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 déc. 1817, Chaumanier, D., *Rec. alph.*, v° *Obligation*, p. 784).

Cette modification, malgré son ancienneté traditionnelle, nous paraît toutefois inadmissible ; déjà nous avons essayé de la combattre (*supra*, n° 66); et nous ne pouvons que persister dans notre sentiment.

Le texte de l'article 644 est formel : *c'est de la manière la plus absolue*, que le propriétaire a le droit de jouir et disposer de sa chose.

En droit, on ne peut donc lui demander aucun compte de ses motifs ; il y a là une fin de non-recevoir insurmontable, qui ne permet pas d'alléguer contre lui qu'il n'agit que par pure malice ;

En fait, cette recherche et cette inquisition seraient pleines d'incertitude et d'arbitraire, et deviendraient, dans les relations du voisinage, une source intarissable de querelles et de procès.

649. — Ce qui démontre de plus en plus, suivant nous, l'inexactitude et le danger de cette doctrine, ce sont les conséquences où l'on se trouve entraîné, dès que l'on a fait une fois cette brèche à la règle !

C'est ainsi que l'on est venu à nous dire que « l'on peut accuser de malveillance tout propriétaire qui, libre de choisir entre deux modes de jouissance à peu près semblables dans leurs résultats, préfère celui qui est le plus nuisible à son voisin...., » et que, par suite, tout propriétaire peut être contraint judiciairement par son voisin à adopter un mode d'exploitation plutôt qu'un autre, si, sans motifs, il veut donner à un mode d'exploitation nuisible la préférence sur un mode qui ne l'est pas ou qui l'est moins ! (Duvergier, *loc. supra cit.*, p. 623 ; Sourdat, *loc. supra cit.*, n° 440.)

Le Code prussien renferme, il est vrai, une disposition ainsi conçue :

« On ne doit pas l'indemnité pour un dommage causé par l'exercice de son droit, à moins qu'entre plusieurs manières de l'exercer, on n'ait choisi à dessein celle qui pouvait être préjudiciable. » (Ire partie, tit. VI, art. 36, 37.)

Mais sans examiner ici de quelle manière cet article devrait être appliqué au droit de propriété, il nous suffit de dire qu'il n'existe, chez nous, aucune disposition semblable.

Reste donc l'article 544, avec ses termes, sur lesquels nous ne saurions trop insister : *de la manière la plus absolue !*

L'honorable M. Duvergier avoue d'ailleurs lui-même que le mode le meilleur n'est pas toujours facile à reconnaître, et que le procédé que les voisins auraient intérêt à voir adopter, pourrait être plus onéreux pour le propriétaire, exiger plus de dépenses ou produire moins de fruits. Eh! sans doute, ce serait là, dans la pratique, une tâche infiniment difficile à remplir pour les magistrats; et l'arbitraire inévitable de ces appréciations deviendrait une profonde atteinte au droit sacré de propriété, à ce droit *le plus absolu !*

650. — Et puis, toujours en vertu de la maxime : *malitiis non est indulgendum*, on sera encore amené à dire que « le propriétaire, dont le mur borde une rue ou un chemin, ne pourrait refuser que celui dont la maison est située vis-à-vis la sienne, le blanchisse pour se procurer plus de jour.... » (Pardessus, tome I, n° 142.)

Car c'est une règle d'équité, dit-on, qui veut qu'on accorde, sur sa propre chose, ce qui peut être utile aux autres, lorsqu'on n'en éprouve aucun dommage; et *les principes divins de la charité nous commandent de procurer aux autres tout le bien que nous pouvons, sans nous nuire personnellement.* (Sourdat, *loc. supra cit.*)

Oh ! sans doute, ce sont là d'excellents et divins préceptes! mais c'est la religion et la morale qui tiennent aux hommes ce langage.

Ce n'est point la loi civile ! c'est-à-dire la règle sanctionnée par la puissance publique, la règle civilement et juridiquement obligatoire; et l'on voit que nous avions raison de nous prémunir, dès le début, contre cette con-

fusion des règles de la morale et des dispositions de la loi (*voy.* notre *Traité de la publication, de la promulgation et de l'application des lois*, n°s 1, 2, 3 et 4).

Se figure-t-on bien un propriétaire condamné judiciairement à laisser peindre le mur de sa maison par le voisin d'en face! — Non! la loi n'admet pas une telle action. Le propriétaire qui s'y refuserait sans motif, pourra être sans doute un mauvais voisin; il pourra violer la loi naturelle et les préceptes de la charité; mais il sera dans son droit, aux yeux du législateur, tout aussi bien que celui qui refuserait de laisser étendre sur son pré, dont il ne fait rien, les toiles ou les tourbes de son voisin. Et Pardessus lui-même l'avait implicitement reconnu dans un passage précédent de son livre, qu'il nous paraît avoir oublié ici (t. I, n° 11, p. 28; Cass., 21 avril 1813 Rigaut, Merlin, *Rép.*, v° *Voisinage*, § 4, n° 6).

Ne nous engageons pas dans une telle voie! et concluons que le droit de propriété peut s'exercer de la manière la plus absolue, et que les voisins ne sont pas fondés à se plaindre, en tant que les travaux exécutés par un propriétaire sur son fonds, n'ont d'autre résultat que de les priver des avantages dont ils avaient joui jusqu'alors.

631. — B. Mais faut-il appliquer encore la même solution, dans le cas où les travaux qu'un propriétaire exécute sur son fonds, auraient pour résultat de transmettre au fonds voisin des substances ou des exhalaisons nuisibles, ou d'y causer un bruit intolérable?

L'affirmative a été enseignée; et l'on a prétendu que les propriétaires voisins ne pouvaient pas plus se plaindre dans cette hypothèse que dans l'autre, lorsque d'ailleurs le propriétaire, dans l'établissement de ses travaux, n'avait commis aucune contravention aux lois ni aux règlements.

Afin d'examiner de suite cette doctrine dans celle de ses applications qui présente le plus d'intérêt et d'impor-

tance, demandons-nous si le propriétaire voisin d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode, classé et autorisé, peut réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice que cet établissement lui causerait.

Trois opinions se trouvent ici en présence :

1° La première soutient qu'il n'y a lieu, dans ce cas, à aucune action en dommages-intérêts, ni pour le préjudice *matériel* qui résulterait de l'altération physique du fonds, ni pour le préjudice *moral* ou d'opinion, qui résulterait de la dépréciation de la valeur foncière.

Cette conséquence est, dit-on, réclamée par les principes mêmes, qui ont constitué et organisé, chez nous, soit la propriété immobilière, soit la propriété et la liberté industrielle :

D'une part, d'après l'article 544 : « La propriété est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière « la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage « prohibé par les lois ou par les règlements. » Ainsi, l'usage que fait un propriétaire de sa chose ne devient point un abus, par cela seul qu'il cause du préjudice à autrui; l'abus ne commence que lorsqu'il y a contravention aux lois et aux règlements. » (Duvergier, *loc. infra cit.*)

D'autre part, d'après l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 : « Il est libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les textes ci-après déterminés, *et de se conformer aux règlements de police, qui sont ou peuvent être faits.* »

Voilà donc la propriété immobilière et la propriété industrielle placées au même rang, et soumises aux mêmes restrictions. Ni l'une ni l'autre ne peut s'exercer contrairement aux lois ou aux règlements; mais l'une et l'autre peut se mouvoir avec la même liberté et la même

irresponsabilité, dans ce cercle et dans ces limites; et de la même manière que l'industriel n'a pas d'action contre le propriétaire qui, dans l'exercice de son droit de propriété foncière, ne contrevient ni aux lois, ni aux règlements; de même le propriétaire n'a rien à dire contre l'industriel qui n'exploite son établissement que suivant les conditions déterminées par les lois et par les règlements généraux et particuliers.

Il est vrai que des conflits auraient pu s'élever entre ces deux espèces de propriétés; il est vrai aussi que les propriétés industrielles sont susceptibles, beaucoup plus que les autres, de causer des dommages aux fonds voisins, soit par leur mode de fabrication ou d'exploitation, soit par les matières qui y sont employées ou par les produits qui en résultent.

Mais précisément le législateur est intervenu; et il a réglé leurs conditions d'existence et d'exploitation, afin de prévenir, dans l'intérêt des voisins, les dommages véritablement sérieux, qu'il n'était pas juste qu'ils fussent obligés de supporter.

Déjà, dans notre ancien droit, il existait, à cet égard, des règlements de l'autorité royale, des ordonnances de police et des arrêts de règlements (*voy.* la loi du 13 nov. 1791); mais ces dispositions étaient incomplètes et souvent incohérentes; il était nécessaire de les reviser; et tel fut l'objet du décret du 15 octobre 1810, dont les dispositions, combinées avec l'ordonnance du 14 janvier 1815, forment aujourd'hui l'ensemble de la législation sur cette matière.

Les établissements industriels y sont divisés en trois classes suivant le degré de danger, d'insalubrité ou d'incommodité, qu'ils peuvent présenter pour les propriétés voisines. L'autorisation n'est accordée que sous des conditions plus ou moins rigoureuses suivant la classe de ces divers établissements, et après une instruction dans laquelle les propriétaires voisins sont admis à proposer

leurs moyens d'opposition. Voilà les dispositions protectrices de la propriété foncière.

Mais aussi, lorsque l'autorisation administrative a été accordée et que le propriétaire de l'établissement industriel s'est conformé aux conditions portées dans l'acte d'autorisation, tout est réglé désormais entre lui et les voisins; et l'autorité judiciaire ne saurait plus intervenir.

D'abord, parce qu'elle violerait ainsi le principe fondamental de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, consacré par la loi du 24 août 1790, tit. II, art. 13, et par celle du 16 fructidor an III; et l'on reconnaît si bien cette vérité que, en acccordant alors à l'autorité judiciaire le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts, on lui refuse celui d'ordonner la suppression de l'établissement; terme moyen impossible, dit-on, puisque la condamnation aux dommages-intérêts n'est pas moins que ne le serait la condamnation à la suppression, une atteinte portée à la concession administrative.

En second lieu, parce que les inconvénients qui pourraient résulter de l'établissement autorisé, ont été souverainement appréciés par l'autorité administrative, non pas seulement au point de vue de l'intérêt général de la santé, ou de la sécurité publique, mais encore au point de vue des dommages de toute sorte, matériels ou moraux, qu'il pourrait causer *aux particuliers* (*voy.* le préambule du décret de 1810);

Enfin, parce que cette doctrine est commandée par les plus puissantes considérations d'intérêt social et d'économie politique. Le décret de 1810 a eu précisément pour but de faire cesser *l'état de lutte, d'incertitude et d'indécision qui paralyse les efforts du manufacturier, qui éteint son courage et ses facultés, et de lui tracer un cercle dans lequel il pût exercer son industrie librement et sûrement* (rapports adressés au ministre de l'intérieur par l'Institut); or, il est clair que ce but ne serait nullement atteint, si l'établissement, une fois autorisé et créé,

pourrait être ensuite, après coup, soumis à des conditions nouvelles, à des conditions financières, qui en rendraient l'exploitation onéreuse et impossible! La doctrine contraire ne tendrait à rien moins qu'à chasser de nos villes tous ces industriels, dont les établissements en font souvent la richesse et l'importance, et contribuent considérablement eux-mêmes, sous ce rapport, à la valeur des propriétés foncières. Il faudrait dire, dans ce système, avec Roccus : *possunt expelli!* (*Respons. leg. de merc.*, cent. II, resp. 89, n°s 15 et 18); or une telle proscription ne serait ni juste ni politique, ou plutôt elle est évidemment impossible! (Comp. Duvergier, *Revue du droit français et étranger*, 1843, t. X, p. 435 et 601, et notes sur Toullier, t. II, n° 329, note *a;* Massé, *Droit commercial*, t. II, n°s 382-388).

632. — 2° D'après une seconde opinion, il faut distinguer entre le dommage réel, qui produit une altération physique ou une diminution effective de la chose, et le dommage moral, c'est-à-dire la dépréciation et la moins-value qui résultent du voisinage même de l'établissement industriel.

La première espèce de dommage est, dans ce système, la seule qui puisse ouvrir une action en dommages-intérêts de la compétence de l'autorité judiciaire.

Quant au dommage moral, il ne peut donner lieu qu'à un recours devant l'autorité administrative ; ce qui équivaut à peu près à dire qu'il n'engendre aucune action en dommages-intérêts, puisque precisément on ne soutient que l'autorité judiciaire est incompétente sur ce chef, que parce qu'il a été déjà souverainement apprécié par l'autorité administrative :

« Considérant, dit le conseil d'État, que le décret du 15 octobre 1810 a chargé l'administration de recueillir toutes les informations qui peuvent l'éclairer sur les dangers et inconvénients, tant publics que particuliers, auxquels peut donner lieu l'établissement, dont

l'autorisation est demandée ; que par conséquent, il serait contraire aux règles qui ont fixé la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, d'autoriser devant les tribunaux un recours qui tendrait à faire juger par eux la diminution de valeur, que pourrait causer à des propriétés voisines, la formation d'un établissement autorisé par une ordonnance, qui aurait déjà prononcé sur ces questions.... » (Arrêt du 15 déc. 1824, Lez ; ajout. arrêts du 21 déc. 1825, Delaître ; du 27 déc. 1826, Paillard ; Macarel, *Législ. des atel. dangereux*, etc., n° 57 ; de Corménin, *Quest. de droit adm.*, t. I, p. 379 ; Foucart, *Élém. de droit public*, t. I. n° 364 ; Dufour, *Traité général de droit adm.*, t. II, n°s 621, 622.)

653. — 3° Enfin, la troisième opinion, qui nous paraît la plus vraie, enseigne que le propriétaire, auquel un établissement industriel, même autorisé, cause un préjudice appréciable, de quelque nature d'ailleurs qu'il soit, peut réclamer des dommages-intérêts, et que l'autorité judiciaire est, dans tous les cas, compétente pour statuer à cet égard.

Son droit à des dommages-intérêts dérive, en effet, des articles 1382 et 1383, qui consacrent cette grande règle d'équité : que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

On objecte qu'il ne s'agit, dans ces articles, que d'un dommage causé *sine jure*, et qu'aux termes de l'article 544, la propriété étant le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, le propriétaire peut, dès lors, en exerçant son droit, causer impunément des dommages à ses voisins

Mais c'est là évidemment une interprétation abusive :

D'abord, parce que le droit de propriété, ainsi que le remarque fort justement M. Dufour, n'est défini et garanti, dans cet article 544, que vis-à-vis du droit de l'État et de la cité (art. 545), et que c'est seulement dans

ses rapports avec l'ordre public, que chaque propriétaire peut faire de sa chose tout ce que bon lui semble, dès qu'il se conforme aux lois et aux règlements (*Droit administr.*, t. II, n° 621);

Ensuite, parce que chaque propriétaire considéré dans ses rapports avec les autres propriétaires voisins, ne peut jouir et disposer de sa chose de la manière la plus absolue, qu'autant qu'il se renferme dans sa limite, et qu'il n'atteint pas la chose d'autrui.

Si, en effet, tous les propriétaires pouvaient, à l'encontre les uns des autres, invoquer ainsi leur droit absolu, il est clair que ni les uns ni les autres ne l'auraient en réalité, et qu'ils pourraient s'empêcher réciproquement, d'exercer la plénitude de leur droit par des actes qui, de chaque côté, deviendraient des atteintes à la propriété voisine. Ce serait la guerre ! ce serait l'anarchie.

Et voilà ce qu'avaient bien compris les jurisconsultes romains, en distinguant les ouvrages qu'un propriétaire peut faire, *in suo*, chez soi, sans atteindre l'héritage du voisin, et les ouvrages, au contraire, dont le résultat est offensif au dehors pour la propriété d'autrui.

« .... *In suo hactenus alii facere licet, quatenus nihil* « *immittat in alienum; fumi autem sicut aquæ esse immis-* « *sionem*.... « (L. 8, § 5, ff., *si servit. vindict.*); et nous avons vu que nos anciens auteurs enseignent aussi cette grande règle.

Chose étrange! c'est la même théorie qui permettait tout à l'heure au voisin d'intervenir chez son voisin pour faire régler, malgré lui, son mode de jouissance, et de se mêler, si je puis dire ainsi, de ses affaires intérieures, et qui portait évidemment atteinte à son droit absolu de jouir et de disposer, chez lui, *in suo*, c'est, dis-je, la même théorie qui voudrait maintenant lui permettre de faire des sorties, et de se rendre impunément agressif au dehors contre les propriétés voisines. M. Duvergier s'est

bien aperçu de cette contradiction; mais nous ne croyons pas que le savant auteur ait réussi à la faire disparaître (*Revue du droit français*, etc., t. X, p. 621).

Vainement, on objecterait que le Code Napoléon a déterminé limitativement, dans notre titre (art. 653 à 685), les servitudes légales d'intérêt privé, et qu'il ne saurait être permis d'en augmenter le nombre. Tel n'est pas non plus le résultat de notre doctrine; les servitudes légales ont, en général, ce caractère qu'elles restreignent l'exercice du droit de propriété, à l'égard de certains actes, que le propriétaire, si ces restrictions n'avaient pas existé, aurait pu faire très-licitement chez lui et dans son fonds; nous ne demandons ici aucune restriction pareille; il ne s'agit que de l'applic tion de l'article 1382, qui protége apparemment les propriétés aussi bien que les personnes; et ce que nous soutenons, c'e stque le propriétaire ne peut pas jouir et disposer de sa chose de manière à atteindre le fonds d'autrui, et à empêcher le propriétaire de ce fonds de jouir et de disposer lui-même de son fonds. Et voilà même ce qui résulte aussi de l'article 1370, qui suppose certains engagements entre propriétaires voisins, sans les définir ni les limiter.

Tel est le droit commun; telle est la loi civile.

Y a-t-il, dans le droit administratif, un obstacle qui s'oppose à ce que l'autoriié judiciaire, gardienne de la propriété, et qui est seule chargée du règlement des intérêts privés, puisse accomplir ici sa mission essentielle?

Tout au contraire! et l'objection sur laquelle repose la théorie que nous combattons, peut être réfutée tout à la fois par les textes et par les principes :

D'abord, le décret même du 15 octobre 1810 déclare positivement, dans son article 11, que les entrepreneurs d'établissements industriels, qui préjudicieraient aux propriétés de leurs voisins, seront passibles de dommages, lesquels seront arbitrés par les tribunaux. Il est vrai que l'on a prétendu que cette disposition n'était appplicable

qu'aux établissements dont l'existence était antérieur au décret (Duvergier, *loc. supra cit.*). Mais évidemment, de ce que l'auteur du décret a cru devoir rappeler ce principe à l'égard des établissements déjà formés, et dont il consacrait l'existence, il n'y a aucune raison pour en conclure qu'il a voulu en restreindre l'application; la preuve en résulte de l'exposé des motifs, dans lequel le ministre de l'intérieur présente, au contraire, ce principe comme applicable à tous les établissements, sans distinction :

« D'après le projet, dit-il, le ministre de l'intérieur peut seul délivrer les permissions nécessaires pour la formation des établissements compris dans la première classe. Ces établissements étant ceux dont l'activité occasionne le plus de réclamations, j'ai pensé que la création devait en être subordonnée à son approbation. Sa décision, qui ne sera prise qu'en connaissance de cause, sera un garant que, s'il accorde la permission, c'est qu'il a jugé qu'il ne pouvait en résulter aucun inconvénient ni pour la salubrité publique, ni pour les propriétés du voisinage. *Dans le cas où ces propriétés éprouveraient des dommages, un article du projet permet de demander des indemnités, dont la quotité sera réglée par l'autorité judiciaire. Cette disposition n'a pas besoin d'être justifiée. Les tribunaux statuent sur tout ce qui intéresse la propriété, sa nature et son exercice; il est naturel de leur renvoyer la connaissance des plaintes qui peuvent être adressées.* » (Comp. Cass., 11 juillet 1826, Rigaud; et 10 juillet 1826, Porry, Sirey, 1827, I, 236-238; Nancy, 14 janvier 1830, Ancelon, D., 1831, t. II, p. 64.)

Ajoutez que ce même principe de responsabilité civile est encore textuellement décrété par la loi des 28 septembre, 6 octobre 1791, tit. II, art. 15 et 16, en ce qui concerne les moulins et autres usines établies, avec l'autorisation administrative, sur les cours d'eau, et que l'on ne voit pas pourquoi le propriétaire d'un moulin répon-

drait du préjudice que causerait aux propriétés voisines son barrage, quoiqu'il fût autorisé; tandis que le propriétaire d'une fabrique ou d'un atelier industriel quelconque serait, par le fait de cette autorisation, affranchi de toute responsabilité (comp. Cass., 25 mai 1831, Villemon, D., *Rec. alph.*, (nouv. édit.), v° *Manufactures*, n° 170).

Et les textes ainsi entendus, comme ils doivent évidemment l'être, sont très-conformes aux principes. L'autorisation administrative, en effet, n'est jamais accordée que sous la réserve des droits des tiers et sous la condition, qui n'a pas besoin d'être exprimée parce qu'elle est virtuelle et nécessaire, que l'établissement ne causera pas de dommages aux propriétés privées, *ut sine injuria cujusquam fiat* (L. 2, § 10, ff. *ne quid in loc. publico*).

C'est surtout dans un intérêt général de police et de salubrité publique que l'administration intervient, afin de prévenir, comme l'on dit, *les inconvénients généraux;* elle veille également sans doute aussi *aux inconvénients particuliers*, et à ce que les propriétés du voisinage ne puissent pas être endommagées par l'établissement qu'elle autorise; mais les mesures qu'elle ordonne à cet effet sont purement préservatrices et préventives; et si elles n'ont pas réussi, en effet, à préserver les propriétaires voisins du dommage, ceux-ci peuvent exercer le droit que la loi civile leur accorde, droit que l'administration ne pouvait pas leur enlever, et qu'il n'a pas été non plus dans son intention de leur enlever. C'est ainsi que l'article 674 du Code Napoléon dispose que l'on pourra établir des ouvrages contre un mur mitoyen ou non, en employant certaines précautions, afin de prévenir le dommage qui pourrait en résulter, et que si, malgré l'emploi de ces précautions, le voisin a éprouvé un dommage, il peut en demander la réparation (*supra*, n° 419); or, s'il en est ainsi de l'autorisation accordée par un texte de notre Code, comment la même solutionne serait-elle pas appli-

cable dans le cas d'une autorisation accordée par l'administration?

Et qu'on ne dise pas que les tribunaux, dans notre système, devraient avoir le droit d'ordonner la suppression de l'établissement lui-même.

Non! l'autorisation administrative accordée à l'entrepreneur d'un établisement industriel renferme trois choses : 1° la permission de former son établissement; 2° les conditions sous lesquelles il peut le former; 3° l'obligation qu'elle laisse à sa charge de répondre, envers les propriétaires voisins, du dommage qu'il pourrait leur causer; donc, les tribunaux qui violeraient le principe de la séparation des pouvoirs, s'ils annulaient ou modifiaient l'acte administratif sur les deux premiers points, ne font, au contraire, que s'y conformer, en accordant les dommages-intérêts, que l'autorisation administrative réserve elle-même au tiers le droit de demander devant les tribunaux (comp. Cass., 8 juin 1857, Barthélemy, Dev., 1858, I, 305; Cass., 3 déc. 1860, Nélaton; et 27 août 1861, Partuiset, D., 1861, I, 331-335; Metz, 25 août 1863, Bertrand, Dev., 1864, II, 57; *Revue pratique de droit français*, 1860, t. X, p. 238 et suiv., article de M. de Bammeville sur *les établissements dangereux, insalubres ou incommodes*).

654. — La règle étant ainsi posée, nous appliquerons également le droit commun, en ce qui concerne l'espèce de dommages, à raison desquels les voisins seraient alors fondés à réclamer une indemnité devant les tribunaux.

Cette indemnité ne leur serait donc pas due seulement pour le *dommage matériel;* elle pourrait être aussi, suivant les cas, accordée pour le dommage que l'on a appelé *moral* ou *d'opinion*, c'est-à-dire pour la dépréciation de valeur vénale ou locative, que les fonds voisins auraient subies.

L'article 11 du décret du 15 octobre 1810, réserve, en effet, aux voisins, dans les termes les plus absolus, une

action en dommages-intérêts, sans indiquer aucune distinction de ce genre.

Et en principe, aussi bien qu'en équité, cette distinction ne serait pas non plus admissible. Lorsque, par exemple, le gaz qui s'échappe de l'usine de mon voisin, vient frapper de mort mes arbres et tout ce qui, dans mon jardin, appartient au règne végétal, ce n'est pas seulement le dommage physique et matériel, estimé d'après la valeur de mes plantes, que j'éprouve; il en résulte, pour mon fonds tout entier, une dépréciation, qui se traduirait certainement elle-même en une perte matérielle soit sur le taux des loyers, soit sur le prix de la vente, suivant que je voudrais louer ou vendre (comp. Cass., 3 mai 1827, 1re espèce, Rigaud; 2e espèce, Armand, D., 1827, II, 228, 231; Nancy, 14 janv. 1830, Ancelon, D., 1831, II, 64; Cass., 17 juill. 1845, Comp. du gaz de Saône-et-Loire, Dev., 1845, I, 825).

Ce que l'on appelle le dommage moral est donc presque toujours lié au dommage matériel; il en est la suite et la conséquence (comp. Cléraut, *Traité des Établiss. dang.*, chap. VIII, n° 130; Serrigny, *de l'Organ. et de la Compét.* n° 870; Sourdat, *de la Responsab. civ.*, t. II, nos 1189, 1190; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Manufactures*, nos 176, 177).

Tout au plus, pourrait-on admettre (et pour notre part nous serions porté à faire cette concession), qu'il n'y aurait pas lieu à une action en dommages-intérêts devant les tribunaux, de la part du propriétaire auquel un établissement industriel voisin ne causerait aucune espèce de dommage direct extérieur, qui ne lui enverrait, par exemple, ni odeur, ni fumée, ni bruit, rien enfin! mais dont le voisinage seulement offrirait des dangers possibles d'explosion ou d'incendie. Ne serait-on pas fondé à dire alors que l'industriel se renferme chez lui? *nihil immittit in alienum* (L, 8, § 5, ff., *si servit. vindic.*). Et quant à la simple possibilité du préjudice, il semblerait

qu'elle a été, dans ce cas, appréciée par l'autorité administrative, dont c'était précisément la mission. Il y a, d'ailleurs, beaucoup de voisinages de cette sorte, celui des droguistes, par exemple, qui présentent des dangers plus ou moins semblables, et auxquels il faut bien pourtant se résigner (comp. Dufour, *Dr. adm.*, t. II, n° 622, et note 1).

654 *bis*. — Voilà pourquoi nous éprouvons aussi des doutes en présence des arrêts, qui ont décidé que le seul fait de l'exploitation d'une maison *de tolérance* peut servir de base à une action en dommages-intérêts de la part des voisins (comp. Cass., 3 déc. 1860, Nélaton; et 27 août 1861, Pertuiset, D., 1861, I, 331-335; et Dev., 1861, I, 840-846; Aix, 14 août 1861, Sicard, *J. du P.*, 1862, p. 181-186; Caen, 11 déc. 1862, Cadiou, *Rec. des arrêts de Caen*, 1863, p. 10).

Si morale que puisse paraître cette application de notre doctrine, est-il bien vrai qu'elle soit juridique?

Et d'abord, cette *tolérance* administrative n'est évidemment, en ces occasions, qu'une véritable autorisation tacite.

Ajoutons que celui qui exploite la maison de tolérance, *nihil immittit in alienum*, si d'ailleurs, comme il faut le supposer, le propriétaire voisin ne se plaint pas d'un bruit ou d'un scandale quelconque *extérieur*, mais seulement de ce que le voisin consacre chez lui, *in suo*, sa propriété à une telle destination.

Enfin, est-ce que ces maisons ne sont pas, en général, tolérées dans ceux des quartiers seulement dont les propriétaires ou les habitants peuvent s'attendre, plus ou moins, à cette sorte de voisinage! (Comp. *Tribun. civil de la Seine*, 25 avril 1860, *J. du P.*, 1860, p. 497.)

655. — Les solutions, qui précèdent (n°s 653, 654), doivent d'ailleurs être admises, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le voisin, qui réclame aujourd'hui des dommages-intérêts, ne s'est pas opposé, dans l'instruction administrative, à l'autorisation de l'établissement, ou si

l'opposition, qu'il aurait formée, a été rejetée par l'administration.

Dans le premier cas, son silence ne prouve rien; car il pouvait être absent, ou ignorer le préjudice qui résulterait pour lui de cet établissement.

Dans le second cas, l'autorité administrative, en rejetant l'opposition, est toujours demeurée dans ses limites, c'est-à-dire qu'elle a décidé seulement que l'établissement ne lui paraissait pas devoir nuire aux propriétés voisines, et qu'elle l'autorisait, comme elle l'autorise toujours en cas pareil, sous la réserve du droit des tiers, s'il est démontré, par le fait, que l'établissement cause, en réalité, un dommage aux voisins. L'instruction administrative qui précède ces sortes d'autorisations, a pour but, comme on l'a fort bien dit, de préserver les intérêts des voisins, mais non pas d'étouffer leurs droits (comp. Cass., 19 juill. 1826, Porry, D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Manufactures*, n° 170; Dufour, t. II, n° 616).

656. — En ce qui concerne les établissements ou ateliers non classés par le décret du 15 octobre 1810 ou par les dispositions postérieures, on a enseigné : « qu'ils trouvent, dans cette omission volontaire et réfléchie, la plus éclatante approbation, la meilleure de toutes les autorisations; qu'ils forment réellement une quatrième classe plus favorable que toutes les autres; et que, si les tribunaux ne peuvent condamner à des dommages-intérêts les propriétaires d'établissements classés, à cause de l'autorisation expresse qu'ils ont reçue de l'administration à plus forte raison les propriétaires d'établissements non classés, protégés par une autorisation tacite, sont-ils à l'abri de toute réclamation. » (Duvergier, *Rev. étrang et franç.*, t. X, p. 624; comp. aussi Caen, 9 juin 1840 Lemercier, t. IV, p. 281.)

Sans doute, il arrivera souvent que les établissement ou ateliers non classés seront plus inoffensifs et moin incommodes pour les voisins; et, sous ce rapport, l'ac

tion en dommages-intérêts pourra, peut-être, plus rarement réussir.

Mais c'est là seulement le fait!

En droit, le principe de la responsabilité civile est, de tous points, le même; et bien plus! le pouvoir des magistrats est alors plus étendu, en ce sens que, n'étant empêchés par aucune concession administrative, ils peuvent ordonner l'exécution des travaux nécessaires pour prévenir le renouvellement du dommage, ou même interdire absolument l'exploitation de l'industrie qui le cause, s'il en résulte inévitablement une atteinte trop grave à la propriété du voisin (comp. Colmar, 16 mars 1827, Scherrer, Sirey, 1828, II, 150; Cass., 27 nov. 1844, Derosne, Dev., 1844, I, 811; Amiens, 18 juill. 1845, Derosne, Dev., 1845, II, 475; Cass., 20 fév. 1849, mêmes parties, Dev., 1849, I, 346; Bordeaux, 15 juill. 1845, Gaussen, Dev., 1847, II, 357; Cass., 8 juin 1857, Barthélemy, *J. du P.*, t. II de 1857, p. 1256; Pardessus, t. I, n° 199; Dufour, t. II n° 624).

657. — Les principes que nous venons d'établir sont d'ailleurs applicables non pas seulement entre la propriété foncière et la propriété industrielle, mais aussi entre deux propriétés industrielles l'une envers l'autre, en ce sens que le propriétaire d'un établissement industriel serait fondé certainement à réclamer des dommages-intérêts contre le propriétaire d'un autre établissement industriel, qui lui causerait un dommage susceptible d'engendrer une action en responsabilité civile.

Et il importerait peu que les deux établissements fussent autorisés, ou que ni l'un ni l'autre ne le fussent, ou même que l'un d'eux le fût, tandis que l'autre ne le serait pas; le propriétaire même de l'établissement non classé ni autorisé serait fondé à réclamer des dommages-intérêts contre le propriétaire de l'établissement autorisé; car nous avons vu que l'autorisation administrative réserve et laisse intactes toutes les questions de dommages

concernant le règlement des intérêts privés entre eux (comp. Rouen, 30 juin 1841, Doublet, D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Manufactures*, n° 170; Dunod, *des Prescriptions*, part. I, chap. XII).

658. — Tels nous paraissent être, en droit, les vrais principes.

Et maintenant, en fait, dans quels cas y aura-t-il lieu d'accorder des dommages-intérêts?

C'est là principalement une question d'espèce, sur laquelle il appartient aux magistrats de prononcer, suivant les différentes circonstances de la cause.

Ajoutons toutefois que l'appréciation de ces circonstances doit toujours être faite sous l'empire d'une distinction importante, qui est le complément de toute cette démonstration.

Il faut distinguer, en effet, entre les inconvénients ordinaires et, pour ainsi dire, inévitables du voisinage, et auxquels on doit s'attendre et se résigner dans les associations au sein desquelles nous vivons, et les inconvénients extraordinaires et imprévus, qui sont tels que le dommage qui en résulte, excède évidemment, comme l'a très-bien dit la Cour de cassation, *la mesure des obligations ordinaires du voisinage* (Cass., 28 fév. 1848, Rivoire, Dev., 1848, I, 318).

Cette distinction est ancienne; la loi 8, au Digeste, *si servit. vind.*, en décidant que le voisin devait se soumettre à recevoir la fumée venant du fonds de son voisin, ajoutait : *fumum non gravem;* — et Cœpolla insistait aussi particulièrement sur cette circonstance de la plus ou moins grande gravité de l'inconvénient, qui résulterait de la fumée ou de l'odeur, qui venaient de chez le voisin « ..... *ignem solitum et consuetum* » (tract. I, cap. LIII, n° 1); et il permettait à l'autre voisin de se plaindre : « .... *propter ignem insolitum...; ob maximum fœtorem....* » (Tract. II, cap. XLIII, n° 2.)

Domat enseignait la même doctrine :

« .... Les différentes incommodités, dit-il, qu'un voisin peut causer à l'autre doivent se souffrir, si la servitude en est établie; et s'il n'y a point de servitude, l'incommodité sera soufferte ou empêchée, *selon la qualité des lieux et celle de l'incommodité*, et selon que les règles de la police ou de l'usage, s'il y en a, y auront pourvu. » (*Lois civ.*, liv. I, titre XII, sect. I, n° 10; comp. aussi Roupnel, sur l'article 609 de la cout. de Normandie ; *voy.* Caen, 31 déc. 1845, Duperron, *Rec. de Caen*, t. X, p. 464.)

C'est qu'on ne saurait effectivement, en pareille matière, poser de règle absolue. Il est évident que le bien de la société, ainsi que l'intérêt réciproque des propriétaires eux-mêmes, et la liberté des professions et de l'industrie exigent que l'on tolère, à côté de soi, bien des choses déplaisantes et désagréables.

Un savetier chantait du matin jusqu'au soir !

Il y a d'autres voisinages bien plus incommodes encore! celui des cabarets, par exemple, ou de certains artisans, des serruriers, des forgerons, des ferblantiers! Il en faut bien pourtant dans nos villes! Ce sont là de ces inconvénients, très-pénibles sans doute quelquefois, mais qui ne sauraient, en général, autoriser les voisins à demander des dommages-intérêts. Boniface (t. III, liv. II, tit. I, chap. II) rapporte pourtant deux arrêts du Parlement d'Aix, des 6 février 1654 et 1er février 1577, qui auraient défendu à un cardeur de laine et à un ouvrier à marteau de troubler les études d'un avocat. Mais Fournel fait remarquer que ce sont là des arrêts de circonstances, dont l'un, par exemple, s'explique par le motif que le cardeur de laine *affectait* de chanter à outrance pour déranger l'avocat dans son travail (t. II, § 54). Aussi, voyons-nous d'Expilly citer de son côté (dans son 34e plaidoyer) un arrêt de 1614, par lequel le Parlement de Grenoble débouta un docteur en droit de la demande qu'il avait

formée contre un maréchal, qui l'empêchait de travailler, par le feu de sa forge et le bruit de son marteau (comp. Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Voisinage*, § 3).

Ce sont donc là, en général, nous le répétons, des inconvénients ordinaires, possibles, prévus, et auxquels il faut se résigner; et la Cour de cassation a fort justement dit « qu'on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie, comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemnité. » (27 nov. 1844, Derosne, Dev., 1844, I, 811.) Nous avons pourtant cité plus haut un arrêt de la Cour de Caen, qui défend à un forgeron d'exercer son industrie dans une cour commune (*supra*, n° 447).

Mais aussi, lorsque l'incommodité et le dommage deviennent extraordinaires, excessifs, et dépassent évidemment la mesure des obligations communes du voisinage, il est de toute justice et de toute équité qu'une action en dommages-intérêts soit ouverte au profit du propriétaire qui se trouve, par le fait de son voisin, dans l'impossibilité de jouir et de disposer de sa chose comme il en a le droit.

Voilà, par exemple, un blanchisseur de toiles, près duquel vient s'établir une fabrique, avec un système de chauffage dont la fumée, chargée de suie et de poussière de houille, va détériorer et tacher les toiles qu'il étend sur ses prés, et lui rendre ainsi impossible l'exercice de son industrie; et il n'y aurait pas lieu à une action! Nous accorderions d'ailleurs des dommages-intérêts dans ce cas, lors même qu'il ne s'agirait que d'une simple maison d'habitation (comp. Colmar, 16 mai 1826, Robert, D., 1826, II, p. 149; Caen, 1er déc. 1837, Lécluse, *Rec. de Caen*, t. II, p. 100; Bordeaux, 15 juill. 1845, Gaussen, Dev., 1847, II, 538; Caen, 20 nov. 1851, Hayot, *Rec. de Caen*, t. XVI, p. 7; *voy.* pourtant Caen, 9 juin 1840, Lemercier, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 281);

Ou c'est une odeur fétide insupportable, qui de la ma-

nufacture voisine s'introduit dans mon fonds, une de ces odeurs qui, suivant le mot de Roccus, *infestat nares!* (Cent. 2, resp. 89, n° 15; comp. Cass., 18 juillet 1845, Compagnie du gaz de Saône-et-Loire, Dev., 1845, I, 825);

Ou bien encore, le bruit qui est causé par l'établissement voisin, est si violent, si excessif, qu'il rend mon fonds inhabitable et qu'il fait fuir tous mes locataires! Est-ce qu'il serait juste et équitable que cet abus, que mon voisin fait de son droit, pût paralyser dans mes mains l'exercice de mon droit de propriété? (Comp. Amiens, 18 juill. 1845, Derosne, Dev., 1845, II, 475; Cass., 20 fév. 1849, mêmes parties, Dev., 1849, I, 346; Cass., 8 juin 1857, Barthélemy, Dev., 1858, I, 305; *voy.* aussi *le Droit*, des 12 fév. 1853 et 11 février 1855; Julien, *Élém. de jurisp.*, liv. II, titre II, n° 9.)

659. — C'est à l'expérience des magistrats, à leur sagesse, à leur équité, qu'il appartient de faire, convenablement et humainement, ces difficiles et délicates applications de notre règle.

Ils prendront en considération *la qualité des lieux*, comme disait Domat (*supra*, n° 658), suivant qu'il s'agira de décider la question soit dans les villes, où les habitations sont nécessairement agglomérées, soit dans les campagnes, où elles se touchent beaucoup moins; — dans certaines villes presque exclusivement consacrées à l'exploitation de différentes sortes d'industries plus ou moins bruyantes et incommodes, ou dans les villes peu commerçantes et plus calmes; — et quelquefois dans la même ville, on pourra tenir compte des différents quartiers, des usages anciens qui y ont toujours été observés, pour décider, suivant les cas, si le propriétaire qui se plaint a pu et dû plus ou moins raisonnablement s'attendre à l'incommodité contre laquelle il réclame (comp. jugement du tribunal civil de Saint-Étienne, du 5 fév. 1844, Rivoire, Dev., 1848, I, 312).

Il est surtout deux considérations qui nous paraissent devoir exercer une grande influence en ces sortes d'affaires :

C'est, d'une part, la bonne foi ou la mauvaise foi de celui auquel son voisin reproche de lui causer un dommage, ou même seulement l'attention, et les moyens plus ou moins efficaces qu'il emploie pour que l'exercice de son industrie ne soit pas préjudiciable ; et l'on devra certainement se montrer plus sévère, s'il est établi qu'il n'agit ainsi que par malice, *animo injuriandi*, comme disait Cœpolla (tract. I, cap. LIII, n° 1), et que c'est à dessein de nuire, par exemple, qu'il envoie, comme disait à son tour Fournel, des *fumigations* incommodes aux voisins, et qu'il néglige de faire ce qu'il serait nécessaire afin de prévenir le dommage (*du Voisinage*, t. II, § 150, v° *Fumée;* ajout. Houard, v° *Voisins*, p. 507 ; Brillon, *Dict.*, v° *Voisins*, n°s 1, 2, p. 956).

C'est d'autre part la *préoccupation*, c'est-à-dire l'antériorité de possession et d'existence ; *volenti non fit injuria;* et, par exemple, on pourrait dire, en général, que le propriétaire qui ferait des constructions dans le voisinage d'un établissement industriel antérieurement créé, se serait lui-même, et de son plein gré, soumis à en supporter les incommodités. Nos anciennes coutumes et nos vieux auteurs attachaient aussi beaucoup d'importance, dans les relations du voisinage, à cette idée de *la préoccupation* (comp. Orléans, art. 246 ; Nivernais, art. 13, *des Maisons et Servit.;* Normandie, art. 613, 614 ; Pothier, *de la Société*, n° 211 ; Guy-Coquille, sur l'article 13 précité).

Roccus en faisait positivement l'application à notre thèse spéciale : *artifices facientes strepitum non possunt expelli, quando prævenerunt in habitando in loco ubi habitat persona privilegiata....* (*Respons. leg. de merc.*, cent. 2, resp. 89, n°s 15-18) ;

Et c'est évidemment dans cet esprit qu'a été conçu

l'article 9 du décret du 15 octobre 1810, dont voici les termes :

« L'autorité locale indiquera le lieu où les manufactures et ateliers compris dans la première classe pourront s'établir, et exprimera sa distance des habitations particulières. *Tout individu qui ferait des constructions dans le voisinage de ces manufactures et ateliers, après que la formation en aura été permise, ne sera pas admise à en solliciter l'éloignement.* » (Comp. Colmar, 16 mai 1827, Scheirer, D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Industrie,* n° 112; Caen, 8 juillet 1837, Trolley, *Rec. de Caen*, t. I, p. 473 ; Cass., 18 juillet 1837, Allimond, D., 1837, I, 441 ; Pardessus, t. I, n° 199; Proudhon, *du Domaine public,* t. IV, n° 1240).

659 *bis.* — *Ce droit de préoccupation* joue, en effet, un rôle assez important dans les relations de voisinage ; et il mérite d'autant plus d'être remarqué, qu'il est une exception à la règle d'après laquelle les actes de pure faculté ne se perdent pas et ne s'altèrent même point, en général, par le non-usage (art. 2232).

Sans doute, celui des deux propriétaires voisins, qui use le premier de son droit de propriété, ne peut point porter atteinte à la propriété voisine, eu égard à son mode d'exploitation actuelle ou même seulement à sa destination naturelle ; mais il faut bien reconnaître aussi qu'il peut, par son nouvel œuvre, rendre plus coûteux, de la part du voisin, un mode nouveau d'exploitation ou de construction, que celui-ci voudrait établir ensuite. C'est ainsi que, d'après l'article 674, le propriétaire qui veut établir chez lui certains ouvrages ou amas, est obligé à plus ou moins de précautions, suivant que le propriétaire a déjà construit un mur ou qu'il n'en a pas construit ; c'est ainsi encore que, d'après les articles 8 et 13 du règlement du 17 août 1751, celui qui veut creuser un fossé sur son héritage, doit observer une distance plus ou moins grande, suivant que l'héritage voisin est un vignoble ou une terre labourable, etc. (*supra*, n° 464). Il

est donc certain que la préoccupation, sous le rapport de l'exercice des droits de la propriété, peut donner à l'un des propriétaires un avantage sur l'autre, en ce sens que tout propriétaire doit employer, à ses frais, les moyens nécessaires pour que l'ouvrage quelconque, qu'il établit, ne nuise pas à la propriété voisine, *dans l'état où elle se trouve alors* (*voy.* pourtant Solon, n° 252).

Il ne faut pas, d'ailleurs, bien entendu, donner trop d'étendue à ce droit de préoccupation, qui ne repose que sur un motif d'équité et de nécessité ; il importe aussi de se souvenir que l'exercice du droit de l'un ne doit que le moins possible empêcher l'exercice du droit de l'autre (arg. de l'article 1859, n° 2). Et, par exemple, si celui des voisins qui a construit le premier un bâtiment sur son fonds, ne s'était pas conformé, pour sa construction, aux règles de l'art, il ne pourrait pas s'opposer à ce que l'autre voisin fît, à son tour, des travaux sur son fonds, sous le prétexte qu'il pourra en résulter un préjudice pour ce bâtiment tel qu'il l'a construit ! (Comp. Desgodets, sur l'article 194 de la cout. de Paris, n° 21.)

660. — Quant à la quotité des dommages-intérêts, et à la manière dont ils doivent être alloués, soit en un capital une fois payé, soit en des indemnités annuelles, c'est aux magistrats qu'il appartient aussi, suivant les différents cas, de prononcer (comp. Cass., 19 juillet 1826, Porry, D., 1826, I, 425 ; Cass., 3 mai 1827, Rigaud, D., 1827, I, 228).

Mais, en général, il semble plus convenable de ne les accorder que sous la forme d'annuités à payer *in futurum*, tant que le dommage subsistera avec le même caractère de gravité, qui a déterminé la condamnation (comp. Cass., 27 nov. 1844, Derosne, D., 1844, I, 811 ; Amiens, 18 juillet 1845, Derosne, Dev., 1845, II, 475 ; Cass., 17 juill. 1845, Comp. du gaz de Saône-et-Loire, Dev., 1845, I, 825 ; Serrigny, *Compét. et Org.*, t. II, n° 891 ; Sourdat, t. II, n° 1191).

661. — Les dommages-intérêts, d'ailleurs, doivent être accordés, en général, à raison du préjudice causé :

Soit avant la demande en réparation (art. 1382, 1383, comp. Cass., 19 juill. 1826, Porry, D., 1826, I, 425 ; Cass., 27 nov. 1844, Derosne, Dev., 1844, I, 811) ;

Soit depuis la demande.

Et même, nous venons de voir qu'ils peuvent être accordés aussi éventuellement *in futurum*, pour le cas où le dommage continuerait à se produire avec le même caractère (*supra*, n° 660).

662. —Mais que décider, dans le cas où le dommage ne se serait pas encore effectivement réalisé, s'il était néanmoins imminent et certain ?

Le voisin, dans ce cas, serait-il obligé, pour agir, d'attendre que le dommage fût accompli ? ou pourrait-il demander que son voisin fît cesser la cause du dommage prochain et inévitable qui le menace ?

Par exemple, la maison du propriétaire voisin menace ruine ; et c'est sur mon fonds qu'elle va s'écrouler. Puis-je agir avant que le mal soit fait ?

Cette question est controversée.

Pour prétendre que l'action n'est recevable, qu'autant que le dommage est effectivement réalisé, on peut dire : 1° que telle est la disposition de l'article 1386, qui ne rend le propriétaire d'un bâtiment responsable que du dommage *causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée...*, etc. ; article, qui prouve que l'action romaine, dite *damni infecti*, n'est pas admise dans notre droit ; 2° que la doctrine contraire, en permettant d'agir éventuellement à raison de la simple crainte d'un dommage futur et éventuel, donnerait lieu à beaucoup de contestations et de tracasseries ; 3° enfin, que l'intérêt des voisins est suffisamment garanti, puisqu'ils peuvent s'adresser à l'autorité chargée de la police de la voirie, à laquelle il appartient précisément d'ordonner les réparations nécessaires, et même, s'il y a lieu, la démolition (comp. loi des 16-

24 août 1790, tit. II, art. 3 ; loi du 22 juill. 1791, art. 29; arrêté du 12 messidor an VIII, art. 21 ; Cod. pén., art. 471, n° 5; Bruxelles, 17 mars 1825, L..., D., 1833, II, 165; Duranton, t. XIII, n° 729 ; Devilleneuve, *Collect. nouv.*, 8, II, 50 et 1845, II, 625 ; *Journal du Palais*, 1861, p. 69, *Observations* sur un arrêt de la Cour de cassation du 7 déc. 1859, ville de Clamecy).

Ce sentiment, toutefois, ne serait pas le nôtre :

1° Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le fait duquel il est arrivé, à le réparer; telle est la règle générale (art. 1382 et 1383);

Or, lorsque mon voisin a élevé sur son fonds un bâtiment ou tout autre ouvrage qui menace de s'écrouler sur le mien, et dont la ruine est imminente et certaine, le dommage qu'il me cause, n'est pas seulement futur et éventuel : il est actuel et présent; car il m'inquiète dès actuellement chez moi ; il m'empêche de me livrer aux opérations que je voudrais faire ; il m'oblige peut-être à prendre moi-même des précautions contre l'écroulement qui me menace; il rend mon fonds inhabitable et fait fuir tous mes locataires.... *propter emigrationem inquilinorum....* (L. 28 et 29, ff, *de Damn. infect.*) ;

Donc, la raison et l'équité exigent que j'aie le droit actuel de contraindre le propriétaire voisin à faire cesser un tel état de choses.

Si je faisais des fouilles tellement profondes sur la limite extrême de nos deux héritages, *si tam alte fodiam*, que votre bâtiment, à vous, fût ménacé d'écroulement, *ut paries tuus stare non possit* (L. 24, § 12. ff. *de Damn. infect.*), est-ce qu'il vous faudrait aussi, pour agir, attendre la ruine effective de votre bâtiment et de vos meubles, et peut-être la mort des habitants ? Qui voudrait le soutenir ? Or, les deux cas ne sont-ils pas absolument les mêmes? et qu'importe que je menace mon voisin par des travaux au-dessus ou par des fouilles au-dessous,

si, dans l'un et l'autre cas, je l'empêche, dès actuellement, de jouir et de disposer de sa chose ?

2° Ces principes étaient reconnus dans notre ancien droit français. Il est vrai qu'on n'y avait pas admis l'action *damni infecti* des Romains, en ce sens qu'on n'autorisait pas le demandeur à exiger caution du défendeur, et à se faire envoyer, à défaut de caution, en possession du bâtiment. Mais le voisin menacé pouvait sommer le propriétaire du bâtiment de réparer ou de démolir, et à défaut par celui-ci de satisfaire à la sommation, être autorisé à prendre lui-même les mesures qui seraient jugées nécessaires, et à recouvrer contre le propriétaire ses dépenses. Telle est la doctrine de Domat (*Lois civ.*, liv. II, tit. VIII, sect. III, n° 2; ajout. Rousseau de la Combe, *Jurispr. civ.*, v° *Dommage*, section III). Plusieurs coutumes en avaient même des dispositions expresses (Sedan, art. 297 ; Anjou, art. 451) ; et Fournel nous atteste qu'elle était aussi en usage au Châtelet et au Parlement de Paris (*du Voisinage*, t. II, p. 205 et suiv., v° *Bâtiment en péril ;* ajout. Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Bâtiment*, n° 3).

Il n'y a aucune raison pour que nous ne conservions pas aujourd'hui ces principes. La *dénonciation de nouvel œuvre*, que l'on admettait déjà bien avant la loi du 25 mai 1838, dont l'article 6 l'a formellement reconnue, n'en est elle-même qu'une application. L'article 386 du Code, en s'occupant de l'hypothèse où le bâtiment est déjà tombé, n'a pas eu évidemment l'intention de refuser l'action dans le cas de ruine imminente et certaine ; et l'on pourrait même remarquer que cet article va plus loin, en cela, que le droit romain, sous l'empire duquel il pouvait arriver que le voisin n'eût pas d'action, après la ruine du bâtiment, *ut damno dato nulla competat actio*, s'il n'avait pas d'abord exigé la caution.... *non interposita cautione* (L. 6, ff., *de Damn. infect.*). Quant à l'argument déduit de ce que le voisin menacé peut s'adresser

à l'autorité municipale, nous croyons qu'on y répond d'une manière satisfaisante, en disant qu'il ne se peut pas que les droits de la propriété privée dépendent de la plus ou moins grande vigilance de la police, et que, d'ailleurs, ce moyen lui-même manquerait, si le bâtiment, qui menace ruine, n'était pas situé sur une rue, une place ou autre voie publique (comp. *supra*, n° 46; Cass., 2 déc. 1829, Dumas, D., 1830, I, 17; Cass., 12 févr. 1843, Nay, Dev., 1845, I, 428; Rennes, 23 mars 1843, D., 1844, II, 122; Bordeaux, 18 mai 1849, Chiron, Dev., 1850, II, 183; Henrion de Pansey, *Comp. des jug. de paix;* chap. XXXVIII, p. 336; Fremy de Ligneville, *Traité de la Législ. des bât.*, t. II, p. 417; Lepage, *Lois des bât.*, t. II, . 216; Sourdat, *de la Responsab.*, t. II, n°s 1173, 1174; erriat-Saint-Prix, *Revue crit. de législat.*, 1861, p. 210 suiv.).

663. — Et voilà pourquoi on s'accorde généralement à reconnaître que l'article 674, en tant qu'il permet au propriétaire de demander à son voisin l'emploi de certaines précautions, afin d'être garanti d'un dommage certain et inévitable, que cet article, disons-nous, ne doit pas être entendu d'une manière restrictive (*supra*, n° 520; comp. Pardessus, t. I, n° 201; Toullier, t. II, n° 332; Marcadé, sur l'article 674; Zachariæ, t. II, p. 56, 57).

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

664. — Il s'agit maintenant des servitudes véritables et proprement dites.

665. — Article 686. La règle générale est que les propriétaires peuvent établir, sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble.

666. — Cette liberté toutefois est soumise à deux restrictions; et il faut : 1° que les servitudes établies ne soient pas contraires à l'ordre public; 2° qu'elles ne soient imposées ni à la personne, ni en faveur de la personne.

667. — Division générale.

664. — Nous allons nous occuper maintenant des servitudes véritables, c'est-à-dire des charges qui, contrairement au droit commun de la propriété, sont imposées à un héritage pour l'utilité d'un autre héritage, et qui asservissent, en effet, par exception à la règle générale, l'un des fonds au profit de l'autre (*supra*, n° 8).

665. — L'article 686 pose d'abord en ces termes le principe fondamental de cette matière :

« Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs « propriétés ou en faveur de leurs propriétés, telles servi- « tudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les « services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en « faveur de la personne, mais seulement à un fonds et « pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient « rien de contraire à l'ordre public.

« L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se « règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, « par les règles ci-après. »

La liberté que cet article accorde, ou plutôt reconnaît, aux propriétaires d'établir telles servitudes prédiales que bon leur semble, dérivait nécessairement déjà du droit absolu qui appartient à tout propriétaire de disposer, comme il l'entend, de sa chose (art. 537, 544). Aussi le nombre des servitudes qui peuvent être établies par le fait de l'homme, est-il illimité; sans doute, il en est quelques-unes qui, par leur plus grande importance et leur utilité plus générale, sont fréquentes dans la pratique, et doivent faire en conséquence plus spécialement l'objet de l'attention des jurisconsultes (*infra*, n°s 913 et suiv.). Mais en principe, les propriétaires sont libres de créer toutes les espèces de servitudes qu'ils jugent conve-

nables, eu égard à la disposition des héritages, à leur nature ou à leur destination, ou au gré de leurs convenances, pour l'utilité ou l'agrément de leurs fonds.

666. — Le législateur, toutefois, impose à cette liberté deux restrictions; et il exige que les servitudes établies par le fait de l'homme :

1° Ne soient pas contraires à l'ordre public;

2° Ne soient imposées ni à la personne ni en faveur de la personne.

La première de ces restrictions n'a rien de spécial à la matière des servitudes; et partout la volonté de l'homme, dans les conventions ou les dispositions quelconques, est tenue de respecter l'ordre public (art. 6, 900, 1133).

On ne saurait donc considérer comme valable, par exemple, la servitude qui consisterait à affranchir le propriétaire de celle des précautions, que l'article 674 exige, pour certains ouvrages, dans un intérêt de sécurité publique (*supra*, n° 515), ni la servitude de passage qui aurait été établie pour favoriser la contrebande.

Quant à la seconde restriction, on pourrait dire justement qu'elle se confond avec la première, en ce sens que, d'après la constitution de la propriété foncière en France, et les règles essentielles de notre droit public, tout service qui serait imposé (à perpétuité) à la personne ou en faveur de la personne, serait aussi contraire à l'ordre public du pays. Nous reviendrons d'ailleurs bientôt sur ce point (*infra*, n°s 674 et suiv.).

667. — Nous allons examiner, en suivant l'ordre des sections du chapitre III de notre titre :

1° Quels sont les caractères des diverses espèces de servitudes, qui peuvent être établies par le fait de l'homme;

2° Comment s'établissent les servitudes;

3° Comment elles s'exercent;

4° Comment elles s'éteignent.

SECTION I.

Quels sont les caractères des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies par le fait de l'homme.

SOMMAIRE.

668. — Division.

668. — On peut distinguer, dans les servitudes, deux sortes de caractères :

Les premiers, essentiels et généraux ;

Les seconds, particuliers et accidentels.

Nous nous occuperons successivement des uns et des autres.

N° 1.

Des caractères essentiels et généraux des servitudes.

SOMMAIRE.

669. — Définition de la servitude d'après l'article 637. — La servitude est une *charge*. — Explication de ce mot.

670. — La servitude ne peut être, par elle-même et séparément du fonds, ni cédée, ni louée, ni hypothéquée, ni grevée d'usufruit ou de servitude. — Elle se transmet activement et passivement, avec le fonds, à tous les propriétaires successifs en leur seule qualité.

671. — La servitude ne saurait être confondue avec le droit de créance, — Conséquence.

672. — La servitude est également différente de la propriété, soit superficiaire ou souterraine, soit indivise. — Elle ne s'acquiert pas, ne se prouve pas, ne s'exerce et ne s'éteint pas de la même manière.

673. — Suite. — Il n'est pas toujours facile de distinguer ces différents droits, et de savoir si le droit qui a été exercé constitue une servitude ou une propriété. — Exemples. — Moyens de solution.

674. — Il faut que la servitude ne soit imposée ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. — Explication de cette règle fondamentale en matière de servitudes.

675. — Suite.

676. — La servitude n'impose au maître du fonds dominant que l'obligation purement passive de s'abstenir et de tolérer. — Pourquoi?

677. — Comment concilier, avec l'article 686, les articles 698 et 699, qui permettent d'imposer comme charge purement réelle, au maître du fonds servant, l'obligation de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires pour l'exercice de la servitude ?

678. — Suite.

679. — Comment distinguer, dans l'application, si telle ou telle servitude est établie en faveur du fonds lui-même, ou seulement en faveur de la personne? — Règle à cet égard.

680. — Suite.

681. — Suite.

682. — Suite.

683. — A. Faut-il considérer comme servitude réelle un droit concédé sur un fonds qui aurait pour but de satisfaire aux besoins de la famille et du ménage du propriétaire d'un autre fonds?

684. — B. *Quid*, si le droit établi à la charge d'un fonds a pour objet l'exercice d'un commerce, d'une industrie, d'une profession quelconque du concessionnaire?

685. — C. *Quid*, enfin, si le droit établi sur un fonds a pour objet l'agrément individuel de la personne du propriétaire du fonds voisin?

686. — Suite. — Pourrait-on constituer à titre de servitude, en faveur d'un fonds, le droit de chasse ou de pêche dans le bois ou dans les eaux d'un fonds voisin?

687. — Ou le droit de se promener dans le parc du voisin, d'y cueillir des fruits ou des fleurs, d'y prendre ses repas?

688. — Les difficultés qui précèdent soulèvent, en général, deux questions : l'une, de fait et d'interprétation ; l'autre, de droit et de principe.

689. — A. De la question de fait.

690. — B. De la question de droit.

691. — Les propriétaires sont, en général, souverainement juges des motifs d'utilité qui leur font établir des servitudes. — En quel sens faut-il entendre ce mot : *utilité*, dans l'article 637 ?

692. — Il faut que les deux héritages soient voisins : mais leur contiguité n'est pas nécessaire.

693. — La servitude est, en général, limitée aux besoins du fonds dominant.

694. — On peut établir une servitude en faveur d'un immeuble qui n'appartient pas encore au concessionnaire, pour le cas où il lui appartiendrait; ou en faveur d'un bâtiment qui n'est pas encore construit.

695. — Les deux héritages doivent appartenir à deux propriétaires différents. — Renvoi.

696. — Mais rien ne s'oppose à ce que les copropriétaires d'un héritage indivis aient des servitudes sur un héritage appartenant exclusivement à l'un d'eux ; et réciproquement.

697. — Il faut, en général, que les deux héritages soient susceptibles d'être l'objet d'un droit de propriété privée.

698. — Les immeubles, qui sont affectés à l'usage public et qui forment le domaine public ou communal, peuvent-ils être affectés d'une servitude réelle, dans l'intérêt des immeubles appartenant à des particuliers? — Du cas où le droit de servitude réclamé serait contraire à la destination d'intérêt public, à laquelle le domaine public ou communal est consacré.

699. — Suite. — Du cas où les ouvrages qui ont été pratiqués sont, au

contraire, conformes à la destination essentielle à laquelle le domaine public ou municipal est consacré.

700. — Suite. — Lorsque les propriétaires riverains de la voie publique sont fondés à réclamer une indemnité contre l'administration, parce que leurs droits d'accès ou de vue, etc., seraient supprimés ou notablement atteints, quelle est l'autorité compétente?

701. — L'indivisibilité est aussi l'un des caractères essentiels de la servitude.

702. — Les Romains exigeaient que la servitude eût une cause perpétuelle. — En quoi consistait cette condition? Notre Code n'exige rien de semblable.

703. — Il ne faut pas d'ailleurs confondre la perpétuité de la cause avec la perpétuité de la durée. — Les servitudes peuvent être établies à temps ou sous condition.

669. — Nous allons examiner d'abord les caractères généraux des servitudes, c'est-à-dire ceux-là qui se rencontrent dans toutes les servitudes, quelles qu'elles soient, et qui en sont, pour la plupart, des éléments essentiels.

Pour cela, il importe de reproduire d'abord l'article 637 :

« Une servitude est une charge imposée sur un héri-
« tage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant
« à un autre propriétaire. »

Cette qualification de charge, appliquée à la servitude, nous en fait voir de suite le caractère le plus distinctif;... *une charge*, passive dans le fonds servant, active dans le fonds dominant, mais qui n'est, de chaque côté, qu'un simple attribut, et, pour ainsi dire, une qualité, bonne dans l'un, mauvaise dans l'autre.

C'est ce que le jurisconsulte Celsus exprimait fort élégamment en ces termes :

Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia, qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo (L. 86, ff., *de verb. signif.*);

Démontrant bien ainsi que la servitude n'a pas une existence principale et distincte des héritages, dont elle n'est qu'un accessoire subordonné et inséparable.... *Qualitas non substantia*, disait aussi Cœpola, *quæ dicitur inesse*

non principaliter, sed accessorie, sicut qualitas inest subjecto (tract. I, cap. II, n° 4).

Et voilà pourquoi le jurisconsulte Paul ajoutait encore que les servitudes ne sont ni dans nos biens ni hors de nos biens : *neque in bonis, neque extra bona* (L. I, ff., *de usu et usuf. legat.*); choses effectivement tout à fait incorporelles, qui constituent seulement une modification de la propriété, qui ne sont qu'une certaine manière d'être des héritages eux-mêmes, et qui ne pouvaient être rangés par la loi que dans la classse des biens immeubles, puisqu'elles n'existent que par les immeubles et avec les immeubles, dans lesquels elles s'identifient et se confondent, ou plutôt puisqu'elles ne sont que les immeubles eux-mêmes tels quels, *qualiter se habentia!* (Art. 526.)

670. — Et de là les conséquences suivantes :

A. Une servitude ne pourrait être aliénée, cédée ni louée séparément du fonds auquel elle est inhérente.

B. Par suite, le propriétaire d'un fonds auquel une servitude aurait été donnée ou vendue sur un autre fonds, ne pourrait pas recourir aux formalités de la purge (art. 2181, 2183), puisque les créanciers seraient dans l'impossibilité de surenchérir (*infra*, n° 671).

C. Conséquemment aussi, une servitude ne pourrait être grevée, par elle-même, d'hypothèque (comp. art. 2118, 2204). Il est vrai que certains fragments du droit romain admettent que les servitudes rurales, *viæ, itineris actus, aquæductus,* étaient susceptibles d'hypothèque comme pouvant être détachées du fonds dominant, parce que presque toujours elles pouvaient être également utiles à plusieurs fonds voisins ; à la différence des servitudes urbaines, *tigni immittendi, oneris ferendi*, etc., qui étaient, au contraire, presque toujours inséparables de la superficie à laquelle elles étaient attachées (comp. L. 11, § 3, et L. 12 princip. ff., *de pign. et hypoth.;* Molitor, *de la Possession*, p. 336). Mais c'est que, à Rome, la vente du bien hypothéqué était faite de gré à gré par le

créancier, pourvu que ce fût sans fraude; et dès lors, on avait pu autoriser, *propter utilitatem contrahentium*, la vente, à l'amiable, de ces servitudes à un propriétaire voisin, *ut vendere eas vicino liceat*. Mais, chez nous, cet expédient serait impraticable avec notre système de vente aux enchères publiques (comp. Pellat, traduction de Schilling, § 14; Valette, *des Priv. et Hypoth.*, t. I, n° 128).

D. Encore moins, une servitude peut-elle être le sujet d'un droit d'usufruit ou d'une autre servitude, *servitus servitutis esse non potest* (comp. L. I, princ. ff., *de usu et usuf.*; notre tome X, n° 261 *bis*; Pardessus, t. I, n° 33; Zachariæ, t. II, p. 72; Molitor, *de la Possession*, p. 307).

E. Enfin la servitude est transmise activement et passivement, avec son caractère éminent de réalité, à tous les propriétaires successifs du fonds dominant et du fonds servant, en leur seule qualité de propriétaires de ces fonds, quoique les uns et les autres aient été étrangers à l'acte originaire d'établissement de la servitude, et lors même qu'aucune clause spéciale de l'acte translatif de propriété n'en aurait fait mention, *etiamsi nihil dictum sit* (comp. L. 47, ff., *de contrah. emp.*; L. 116, § 4, ff., *de legat.* 1°; L. 23, § 2, ff., *de servit. præd. rust.*, L. 3, ff., *quemadm. servit. amitt.*; ajout. art. 699 du C. Nap.; Caen, 2e ch., 9 mai 1823, Richer; Cass., 7 févr. 1825, Tombette, D., 1825, I, 84).

671. — Il s'ensuit manifestement aussi que la servitude ne saurait être confondue ni avec le droit de créance, ni avec le droit de propriété souterraine, superficiaire ou indivise.

Que les servitudes ne soient pas des créances susceptibles de s'éteindre par un payement ou une compensation, et dont on puisse affranchir l'immeuble comme d'une hypothèque, par les formalités de la purge, cela est d'évidence.

Et comme elles ne constituent pas plus une obligation de faire qu'une obligation de payer, il est également certain que le refus d'en souffrir l'exercice ne doit pas seulement se résoudre en dommages-interêts pécuniaires d'après l'article 1142, mais que le propriétaire du fonds dominant peut être autorisé à s'en procurer la jouissance effective, comme dans le cas où une partie réclame la jouissance d'une chose qui lui appartient (comp. Pardessus, t. I, n° 9).

672. — La servitude est également différente du droit de propriété soit souterraine ou superficiaire, soit indivise (art. 553, 712; *voy.* notre t. IX, n°s 523, 524).

On a dit, à la vérité, souvent que la servitude est un démembrement de la propriété; et Pothier a même écrit que la servitude prédiale n'est autre chose que l'héritage servant lui-même, *considéré comme appartenant, à certains égards, au propriétaire du fonds dominant* (*des Choses*, § 2; *voy.* aussi notre tome IX, n°s 471 et 475 *bis*).

Sans doute, la servitude est une émanation du droit de propriété; et voilà ce qui en fait un droit essentiellement réel; mais elle a encore ceci de spécial, qu'elle n'est qu'une simple *charge*, c'est-à-dire une chose tout à fait incorporelle, immeuble seulement *par l'objet auquel elle s'applique* (art. 526); ce qui la différencie profondément de la propriété de l'héritage, qui est une chose corporelle et immeuble *par sa nature* (art. 518, 528).

Aussi, la servitude et la propriété diffèrent-elles sous un triple rapport, savoir : par la manière dont l'une et l'autre peuvent *s'acquérir, s'exercer et se perdre :*

1° La propriété s'acquiert, en général, par tous les moyens que le droit civil reconnaît, et entre autres par la prescription (art. 711, 712, 2219); tandis que toutes les servitudes ne sont pas, au contraire, susceptibles d'être acquises de cette manière; et le mode de preuve, en ce qui concerne l'acquisition et l'existence des deux sortes de droits, est par suite aussi différent (art. 690,

691 ; comp. Cass., 14 janv. 1840, Collard, Dev., 1841, I, 88; Rouen, 14 juin 1843, Jeanson, Dev., 1843, II, 519; Cass., 19 mars 1861, Nivet, Dev., 1861, I, 447).

2° La propriété confère au maître de la chose le droit d'en jouir de la manière la plus étendue; tandis que la servitude est limitée aux besoins du fonds dominant lui-même, et doit en outre se renfermer toujours dans les limites de sa constitution (comp. art. 544 et 637).

3° Enfin la propriété ne se perd point par le non-usage; le maître qui n'a point possédé sa chose, même pendant trente ans, ne la perd point par cela seul, tant qu'un autre que lui ne l'a point acquise par une possession suffisante (art. 2219, 2265); mais la servitude, au contraire, s'éteint par le seul fait du non-usage pendant trente ans (art. 706).

Et il ne faudrait pas confondre le droit de copropriété avec une servitude, dans le cas même où ce droit n'aurait été établi ou retenu dans un fonds que pour le faire servir aux besoins d'un autre fonds; car, tandis que la servitude, n'ayant d'existence qu'avec les héritages pour lesquels et sur lesquels elle a été établie, ne peut être séparée de ces héritages, être exercée que pour eux et par eux, et ne subsister qu'autant qu'eux, la copropriété au contraire a toujours une existence propre et indépendante de l'autre fonds, dont elle aurait été établie comme un appendice (comp. Caen, 6 juin 1841, Laurent, et 13 nov. 1831, Mutrel, *Rec. de Caen*, t. V, p. 70 et 393; et Caen, 5 déc. 1845, Douchin, *Rec. de Caen*, t. X, p. 675).

675. — Mais il n'est pas toujours facile de distinguer ces différents droits, et de savoir, dans telle ou telle hypothèse, si le droit qui a été exercé constitue une servitude ou une propriété.

Cette distinction est d'autant plus délicate que la preuve testimoniale, qui est recevable pour établir l'acquisition de la propriété par la possession (art. 2219), ne peut pas être admise, au contraire, pour établir l'acqui-

sition des servitudes discontinues ou non apparentes (art. 691); de telle sorte que les magistrats peuvent se trouver dans cette alternative perplexe : ou de rejeter ce mode de preuve, quoiqu'il s'agisse, en fait, d'un droit de propriété, ou de l'admettre, quoiqu'il ne s'agisse que d'une servitude.

La difficulté n'est pas toutefois, en général, très-grande, lorsque le droit réclamé constitue une propriété exclusive, soit souterraine, soit superficiaire, comme, par exemple, lorsque le propriétaire d'un héritage prétend avoir, sous l'héritage de son voisin, la propriété exclusive d'une cave, d'un aqueduc, ou au-dessus de son héritage, d'un grenier ou d'une terrasse; car il faudrait alors que la possession, à l'effet de les acquérir, eût été exclusive; et la nécessité de cette condition permettrait de distinguer plus facilement si la possession a été en effet exercée *jure dominii* et non pas seulement *jure servitutis* (comp. arrêt du parlement de Paris du 16 juin 1755, Denizart, v° *Prescription,* n° 25; Bourjon, *Droit comm. de la France, des Servit.*, sect. III, 22 oct. 1811, Chenal, D., 1836, I, 386, Cass., 13 avril 1830, Niocel, D., 1830, I, 206; Cass., 21 févr. 1827, Babin de Lignac, Sirey, 1827, I, 141; Cass., 9 déc. 1833, Leclerc, D., 1834, I, 6; Cass. 8 janv. 1835, Delavaud, Dev., 1835, I, 538; Caen, 2e ch., 23 juill. 1836, Surbled ; Flaust, t. I, p. 886).

Mais l'embarras peut être beaucoup plus sérieux, lorsqu'il s'agit de discerner si la possession, qui a eu lieu, est l'exercice d'un droit de copropriété indivise ou d'un droit de servitude; car alors cette possession n'a besoin d'être exclusive ni dans l'une ni dans l'autre hypothèse. Voilà, par exemple, un propriétaire qui, depuis plus de trente ans, est en possession d'aller puiser de l'eau à un puits situé dans l'héritage voisin, ou de passer dans une cour ou un sentier qui en dépendent; et lorsque le propriétaire de cet héritage veut aujourd'hui l'en empêcher, en disant que les droits de puisage et de passage sont des

servitudes discontinues, qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, il réplique que c'est la propriété indivise du puits et du sentier, qu'il a acquise par la possession trentenaire.

Que décider alors?

C'est là surtout une question de fait et d'appréciation; nous croyons toutefois pouvoir dire, en règle générale, que l'on devra considérer qu'une pareille possession est impuissante à engendrer un droit quelconque, ni de servitude, ni de copropriété. Il ne faut pas, en effet, que le propriétaire, qui laisse son voisin puiser de l'eau à sa fontaine ou traverser son héritage, comptant sur la loi qui déclare ces sortes de servitudes imprescriptibles, soit victime de sa tolérance, en voyant transformer en un droit de copropriété ce qu'il n'entendait pas même concéder comme un droit de simple servitude! (*supra*, n° 592) surtout il ne faut pas qu'un propriétaire, qui n'a pas cessé de posséder sa chose et d'en jouir, de la seule manière dont sa possession et sa jouissance pouvaient s'exercer, eu égard à la destination de cette chose, il ne faut pas, dis-je, qu'il puisse la perdre, en tout ou en partie, par l'effet de la prescription, qui repose précisément sur l'abandon de la possession par le maître de la chose.

Si donc il y a un titre qui attribue le puits ou le sentier à l'un des propriétaires, et que ce propriétaire n'ait pas cessé lui-même de posséder le puits ou le sentier, il sera presque toujours évident que les actes de puisage ou de passage exercés par l'autre propriétaire, ne pourraient constituer qu'une servitude.

Que s'il n'y a pas de titre, on appréciera les caractères de la possession qui aura été exercée de part et d'autre. Et si, par exemple, le maître de l'héritage, dans lequel se trouve le puits ou le sentier, a eu la possession complète de tout le terrain environnant, s'il a seul exercé tous les droits de la propriété, activement et passivement, en réparant la couverture et les bords du puits ou le chemin,

on devra encore décider que ce n'est que par tolérance qu'il a laissé le voisin exercer le puisage ou le passage, et que cette possession, qui n'a pas pu engendrer de servitude, pouvait moins encore produire un droit de copropriété. Tout cela, bien entendu, sous la réserve des circonstances particulières de chaque espèce (comp. *infra*, n° 719; Bruxelles, 16 janv. 1823, Declerck, Sirey, 1824, II, 177; Cass., 14 mars 1828, Ugnot, D., 1828, I, 161; Cass., 11 déc. 1827, Pagès, D., 1836, I, 275; Nîmes, 1er juill. 1845, Gondareau, Dev., 1846, II, 14; Cass., 14 mars 1840, Collard, Dev., 1841, I, 88; Cass., 17 déc. 1862; Poiroux, D., 1863, I, 33; Pardessus, t. I, n° 8; *voy.* pourtant Toullier, t. II, nos 622, 623).

674. — L'article 637 nous signale encore l'un des caractères les plus essentiels de la servitude, lorsqu'il déclare *qu'elle est imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.*

Et l'article 686 complète cette doctrine, en ajoutant qu'il faut que la servitude ne soit imposée *ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.*

Cette disposition est très-importante; et il est nécessaire d'en bien déterminer la nature et l'étendue.

Il est évident, en effet, que l'article 686 ne prohibe pas indistinctement toute obligation qu'une personne contracterait envers le propriétaire d'un fonds, ni toute charge qui serait imposée à un fonds en faveur d'une personne.

Il faut, au contraire, tenir pour certaines, à cet égard, les deux propositions que voici :

1° Une personne peut s'obliger à faire certains ouvrages et engager ainsi ses services, pour un temps déterminé, envers une autre personne; et cela, même en vue de l'avantage d'un fonds appartenant au stipulant ou créancier; c'est ainsi que quelqu'un peut s'engager à labourer, pendant un certain temps, l'héritage d'un autre, à l'ar-

roser, à en curer les fossés, etc. (comp. art. 1101, 1134, 1142, 1780). Et cette obligation personnelle, qui pourra être dissoute, suivant les cas, par la mort du promettant, aux termes de l'article 1795, sera, au contraire, toujours transmissible activement aux héritiers ou successeurs universels du stipulant (art. 724 et 1220), et même aussi à ses ayants cause à titre singulier, acheteur ou donataire, s'il a cédé sa créance en même temps qu'il aliénait le fonds, dans l'intérêt duquel il l'avait stipulée; et l'on devra même presque toujours présumer que la créance a été comprise dans l'aliénation du fonds (arg. des articles 1122, 1615).

2° Pareillement, rien n'empêche que l'on impose à un fonds, en faveur d'une personne déterminée, une charge réelle, qui constituera un *simple droit de jouissance* plus ou moins étendu (art. 543), soit un usufruit (art. 578), soit un droit d'usage (art. 625, 628); c'est ainsi que l'on peut accorder à une personne individuellement un droit de passage ou de puisage sur le fonds d'autrui; de manière que cette charge réelle suive passivement le fonds lui-même dans les mains de tous les détenteurs, mais ne constitue pourtant activement qu'une *servitude personnelle*, comme disaient, en pareil cas, les jurisconsultes romains, ou un *droit d'usage irrégulier*, comme nous disons aujourd'hui; droit qui aura les mêmes caractères que l'usage, qui ne pourra point, par exemple, être cédé ni loué (art. 631), et surtout qui s'éteindra par la mort du concessionnaire (*voy.* notre t. IX, n°s 475 et suiv.).

Et il est certain qu'il n'y aura, dans l'une ni dans l'autre de ces hypothèses, violation de notre article 686 (comp. Duranton, t. V, n°s 16 et 33; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 339; Demante, t. II, n° 541 *bis*, I et II; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 369; Salviat, t. I, p. 165).

675. — Ce que prohibe donc seulement cet article 686, c'est la convention ou la disposition qui prétendrait im-

primer le caractère de *servitude ou service foncier* à des engagements ou à des concessions de ce genre.

Ce qu'il défend, en un mot :

C'est, d'une part, de stipuler ou de disposer que le propriétaire de tel héritage, quel qu'il soit et sera *in futurum*, sera tenu, en cette seule qualité, de fournir certains services ou certaines prestations pour l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, de le labourer, par exemple, ou de le fumer; services, dont les tiers détenteurs seraient tous tenus et dont ils pourraient s'affranchir par l'abandon; c'est alors vraiment qu'il y aurait une charge imposée *à la personne* en faveur d'un fonds!

C'est, d'autre part, de stipuler ou de disposer que tel fonds sera grevé, *in perpetuum*, au profit d'une personne, de ses héritiers ou ayants cause, d'une charge qui n'aurait pas pour objet l'utilité d'un autre héritage, mais l'utilité purement individuelle du propriétaire, et qui constituerait ainsi un démembrement perpétuel du droit de propriété au profit de la personne, c'est-à-dire précisément une espèce de droit que nos lois modernes ont pris grand soin de proscrire (*voy.* notre t. IX, n°s 495 et suiv., et *supra*, n° 1). C'est alors aussi qu'il y aurait une charge imposée à ce fonds *en faveur de la personne!*

Et voilà en quel sens l'article 637, d'accord avec l'article 686, déclare que *la servitude* doit être imposée *à un héritage* pour l'usage et l'utilité *d'un héritage*, c'est-à-dire la servitude, dont il s'agit dans notre titre, la servitude réelle et prédiale, activement et passivement, qui devient, dans chacun des fonds, une qualité inséparable de la propriété même de ce fonds.

676. — Le caractère purement passif de la servitude est d'ailleurs essentiellement inhérent à son origine.

L'aliénation du droit total de propriété n'impose, bien entendu, au propriétaire, aucune obligation personnelle envers l'acquéreur; et il est évident que l'aliénation d'une fraction de ce droit ne saurait avoir non plus cet effet;

or la servitude n'est pas autre chose qu'un élément détaché du droit total de propriété; elle n'est qu'une restriction au droit du propriétaire, qui consent : soit, par exception à son droit absolu, à s'abstenir d'un acte quelconque sur son fonds, dans l'intérêt d'un fonds voisin; soit, par exception à son droit exclusif, à tolérer que le propriétaire de ce fonds exerce sur son propre fonds un droit quelconque.

S'abstenir, tolérer, tels sont, effectivement, les seuls devoirs du propriétaire du fonds servant; et c'est ce que le jurisconsulte Pomponius exprimait fort bien en ces termes :

Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis...., *sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (L. 15, § 1, ff., *de Servit.*; comp. aussi les articles 599, 698; et notre tome IX, n° 475 *bis*).

Le droit romain n'admettait donc pas non plus que la servitude pût consister *in faciendo*.

Et nous pouvons ajouter aujourd'hui qu'une charge, qui serait imposée à la personne même du propriétaire, outre qu'elle serait contraire aux principes constitutifs du droit de servitude, devrait encore, chez nous, être d'autant plus proscrite, qu'elle aurait rappelé les assujettissements et les *corvées* du régime féodal (*supra*, n° 2).

677. — Mais, dira-t-on, il résulte de l'article 698 que le propriétaire du fonds assujetti peut être chargé par le titre de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude; et même l'article 699 ajoute que, dans ce cas, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds, auquel la servitude est due.

Voilà donc une charge qui peut être imposée à la personne, c'est-à-dire à tout propriétaire, quel qu'il soit et sera, d'un fonds, en cette seule qualité, pour l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire!

N'y a-t-il pas dès lors antinomie entre l'article 686 et les articles 698 et 699?

Non, sans doute; et il importe de bien distinguer ici le fait principal, qui constitue la servitude elle-même, d'avec les ouvrages accessoires, qui sont nécessaires pour en user ou pour la conserver.

La servitude elle-même, le fait principal dans lequel elle consiste, ne peut jamais être imposée à la personne. Voilà l'article 686, dont la disposition absolue n'est aucunement modifiée, sous ce rapport, par l'article 698.

Ce que l'article 698 autorise seulement, c'est de mettre à la charge du propriétaire du fonds assujetti les ouvrages accessoires et les moyens d'exécution nécessaires pour l'exercice de la servitude.

Par conséquent, pour que l'article 698 puisse être appliqué, il faut toujours :

1° Qu'il y ait, indépendamment des ouvrages qui sont mis à la charge du propriétaire du fonds assujetti, une servitude principale, distincte de ces ouvrages eux-mêmes, qui n'en doivent être que le moyen d'exercice (comp. Vinnius, inst., *de Servit.*, n° 1; Pardessus, t. I, n° 19; Molitor, *de la Possession*, p. 303, *in fine*);

2° Que les ouvrages aient, en effet, véritablement pour but l'exercice ou la conservation de la servitude; car il est clair que s'ils y étaient étrangers, ils constitueraient, par eux-mêmes, une autre servitude principale qui serait imposée à la personne, contrairement à l'article 686.

Nous reviendrons, du reste, bientôt sur les articles 690 et 699 (*infra*, n°s 873 et suiv.).

678. — Finalement donc, pour qu'il y ait véritablement servitude prédiale, il faut que la relation soit établie entre les deux fonds considérés, de part et d'autre, pour eux-mêmes, *per se*, d'une manière directe et principale, indépendamment de la personne des propriétaires.

Il faut que, d'un côté, le fonds servant, en tant que

fonds, se trouve lui-même intrinsèquement amoindri et plus ou moins déprécié;

Et que, de l'autre côté, le fonds dominant acquière lui-même absolument, en sa qualité de fonds, plus d'utilité ou d'avantage (art. 637, 686).

Et voilà pourquoi généralement la servitude, qui devient un attribut du fonds, doit avoir pour objet une utilité perpétuelle comme le fonds lui-même, et non pas seulement une simple commodité passagère : *destinatio causa commodioris usus, si non temporalis, sed perpetua;* c'est la remarque de Dumoulin (sur l'article 91, anc. cout. de Paris; *voy.* toutefois *infra*, n° 703).

679. — Mais comment distinguer, dans l'application, si telle ou telle servitude est établie en faveur du fonds lui-même, ou seulement en faveur de la personne?

Cette distinction peut être, en effet, délicate; car le fonds lui-même, en soi, chose inanimée, ne retire de la servitude aucun avantage; et en dernier résultat, c'est la personne du propriétaire ou du possesseur qui, dans tous les cas, en profite.

On peut toutefois proposer, à cet égard, une règle très-simple et généralement assez sûre, à savoir :

Que l'existence de deux héritages appartenant à des maîtres différents est une condition indispensable de la servitude réelle, et qu'il faut que la charge, imposée à l'un d'eux en faveur de l'autre, soit telle, passivement et activement, qu'elle suppose nécessairement une relation entre deux héritages, et qu'elle ne puisse pas, en quelque sorte, se concevoir indépendamment de ces héritages.

Servitus realis est, disait Cœpolla, *quæ debetur a re rei* (tract. I, cap. II, n° 1).

De là deux conséquences :

680. — La première, c'est qu'il ne saurait y avoir de servitude réelle dans la concession d'un droit quelconque, que l'on ferait, sur un fonds, à une personne

qui ne serait pas elle-même propriétaire d'un autre fonds.

Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui prædium habet; nec quisquam debere, nisi qui prædium habet (Inst., *de Servit.*, § 3).

Si donc le locataire d'une maison ou le fermier d'un domaine rural stipulait un droit de passage ou de puisage sur le fonds du voisin pour la plus grande facilité de l'exploitation de la maison ou de la ferme qu'il occupe à titre de bail, il n'y aurait point là évidemment de servitude réelle (Cass., 23 nov. 1808, Chegaray, Sirey, 1809, I, 35); pas plus que si le locataire d'une manufacture de tuiles ou de vases de terre stipulait le droit d'extraire du fonds d'autrui la terre ou l'argile nécessaire à cette fabrication (L. 5, § 1, ff., *de servit. præd. rust.*); pas plus que si celui qui a une ou plusieurs vaches sans héritage, stipulait le droit d'aller les faire paître dans le fonds d'autrui.

Ces sortes de concessions constitueraient, suivant les cas, soit une simple location, qui ne serait opposable aux tiers détenteurs que dans le cas déterminé par l'article 1743; soit un usufruit ou un droit d'usage irrégulier, opposable aux tiers détenteurs, mais qui s'éteindrait par la mort du concessionnaire (comp. Duranton, t. V, n° 448; Pardessus, t. I, n° 11).

681. — La seconde conséquence de notre règle (*supra*, n° 679), c'est qu'alors même qu'il existe deux héritages, il faut que la charge, pour constituer une servitude réelle, se lie, pour ainsi dire, inséparablement à l'existence de ces héritages, et ne soit pas susceptible d'être exercée sans eux et indépendamment d'eux.

Et tel est, en effet, le caractère certain et, en quelque sorte, visible de presque toutes les servitudes réelles qui sont en usage dans la pratique.

Pourrait-on concevoir, par exemple, sans l'existence simultanée de deux fonds, le droit pour le propriétaire

d'une maison d'appuyer ses poutres sur la maison du voisin? — d'y exercer des vues? — d'y laisser écouler les eaux pluviales ou ménagères? — de pressurer les fruits de son fonds au pressoir du fonds voisin? (L. 2, § 3, ff., *de servit. præd. urb.*).

Ce qu'il faut surtout considérer, c'est si la charge imposée à l'un des héritages, en même temps qu'elle le déprécie, augmente l'utilité de l'autre héritage, en tant qu'héritage, d'une façon en quelque sorte intrinsèque et absolue, de manière à faire, par exemple, que la maison soit plus habitable, ou le champ lui-même d'une culture plus facile, ou enfin l'établissement industriel lui-même d'une exploitation meilleure ou plus assurée.

Et voilà pourquoi on n'hésite pas à regarder comme servitude réelle la concession faite au propriétaire d'un fonds de passer sur le fonds du voisin, de puiser de l'eau à sa fontaine (art. 688), de conduire ses bestiaux au pacage ou à l'abreuvage; car la nourriture du bétail intéresse directement le fonds lui-même où il est employé, soit comme agent de labourage, soit comme instrument de produit, *si prædii fructus maxime in pecore consistat* (L. 4, ff., *de servit. præd. rust.*); ou encore le droit d'extraire du fonds voisin de la terre, du sable ou de la marne, pour la culture et l'amélioration de son fonds; d'y prendre des arbres pour la réparation de ses bâtiments, *ædificandi gratia*, ou des échalas pour soutenir ses vignes, *ne pedamenta in vineas non desint* (L. 6, § 1, ff., *de Servit., præd. rust.*).

Dans tous ces cas, et autres semblables, on voit bien que la concession du droit a eu directement et essentiellement pour but l'utilité du fonds lui-même, considéré comme fonds, et non point l'avantage individuel de la personne, *prædii magis quam personæ* (L. 4, *h. t.*).

682. — Ce caractère, toutefois, n'est pas toujours aussi bien marqué que dans les exemples qui précèdent; et le doute, à cet égard, s'élève particulièrement en ce

qui concerne certains services qui semblent se rapporter, plutôt qu'à l'utilité et à l'exploitation du fonds lui-même :

A. Soit aux besoins de la famille et du ménage;

B. Soit à l'industrie, à la profession ou au commerce exercé par la personne;

C. Soit enfin à l'agrément individuel du propriétaire.

683. — A. Le propriétaire d'une maison, par exemple, a stipulé du maître de l'héritage voisin le droit d'aller puiser de l'eau à la fontaine qui s'y trouve, non pas pour l'irrigation de son héritage, mais pour les besoins domestiques de sa maison; ou bien le droit de prendre, dans sa forêt, le bois nécessaire à son chauffage et à celui de sa famille.

Que la fontaine ou le bois du propriétaire voisin soit alors affecté passivement d'un droit réel, ce n'est point là ce qui est douteux; mais est-il possible de considérer ce droit comme une servitude réelle, attachée activement à la maison voisine? Et ne serait-il pas vrai qu'il constitue seulement un droit d'usage personnel? car, à la différence du droit d'abreuvage pour les bestiaux qui servent à l'exploitation d'un domaine, ou du droit de prendre du bois pour la réparation des bâtiments, les deux droits dont nous parlons ici, semblent ne concerner que les besoins purement individuels des personnes, sans augmenter directement l'utilité propre et intrinsèque de la maison elle-même (comp. Taulier, t. II, p. 358).

Nous croyons néanmoins que de pareils droits peuvent être valablement constitués comme servitudes réelles activement et passivement; car la vérité est qu'ils se rapportent principalement aussi à l'utilité de la maison elle-même; qu'ils en facilitent l'habitation, en lui assurant l'eau et le bois qui seront nécessaires à quiconque viendra y demeurer, et que l'on ne pourrait, peut-être, s'y procurer que de très-loin, difficilement et à grands frais. Tel était aussi le sentiment de Cœpolla qui, après s'être objecté à lui-même : *quod principaliter istud jus vi-*

deatur propter me et familiam meam, concluait néanmoins *quod potius sit servitus realis, quia debetur fundo, licet personæ commoditas quæratur* (tract. II, cap. IV, n° 5).

Et c'est ainsi que l'on a depuis longtemps considéré comme de véritables servitudes les concessions, fort usitées autrefois, par suite desquelles un certain nombre de maisons désignées, et même une commune entière, étaient autorisées à prendre dans une forêt les bois nécessaires à leur chauffage (comp. Cass., 6 mai 1817, Boucage, D., 1817, I, 208 ; Legrand, cout. de Troyes, tit. X, art. 168, n°s 35 et suiv. ; Pardessus, t. I, n° 11 ; Daviel, *des Cours d'eau*, t. III, n° 767 ; Proudhon, *du Droit d'usufruit, d'usage*, t. VI, n°s 3093 et suiv.).

684. — B. Pareillement, il est certain que l'on ne pourrait pas imposer à un fonds, avec le caractère et les effets d'une servitude prédiale et perpétuelle, une charge qui n'aurait pour but que l'exercice d'un commerce, d'une industrie, ou d'une profession quelconque du concessionnaire ; et s'il est vrai que le droit de prendre dans une forêt des échalas pour un vignoble voisin, constitue une servitude, il n'en pourrait être ainsi du droit qui serait accordé à un tonnelier, à un menuisier, d'y prendre des arbres pour l'exercice de sa profession (comp. L. 6, princ., ff., *de Servit. præd. rust.*).

Mais dans ces sortes d'hypothèses pourtant, il y a lieu de rechercher aussi si ce n'est pas principalement dans l'intérêt du fonds lui-même, qui formerait le siége et l'instrument essentiel de l'exploitation commerciale ou industrielle, plutôt encore qu'en vue de la profession du concessionnaire, que le droit a été établi. Et voilà pourquoi nous pensons qu'il faudrait regarder comme une vraie servitude prédiale le droit qui serait établi dans l'intérêt d'une fabrique de poterie ou de briques, ou d'une tuilerie, ou d'un four à chaux, de prendre dans le fonds voisin l'argile et la pierre calcaire, qui devraient être converties en objets destinés à être vendus, *ut venirent*

(L. *supra cit.*); car la tuilerie ou le four à chaux, etc., est alors véritablement l'héritage dominant, pour l'exploitation duquel la concession a été établie; et de la même manière que la loi immobilise tous les meubles qui sont alors les agents nécessaires de la fabrication (*voy.* notre tome IX, n°s 258 et suiv.), de même elle doit reconnaître le caractère de servitudes réelles dans les services, qui sont établis sur un autre fonds, pour l'exploitation même de ces établissements (L. 4, ff., *de Servit. præd. rustic.;* comp. Paris, 26 mai 1857, Blanchard, Dev., 1858, II, 117).

C'est par application de ce principe, que l'on n'a jamais hésité à reconnaître des servitudes réelles, activement et passivement attachées aux deux fonds, dans les concessions établies au profit des forges ou autres usines, du droit de prendre dans une forêt, dans une mine à charbon, ou une tourbière, le bois ou le combustible nécessaires à leur exploitation (comp. Duranton, t. V, n° 33, note 2, et n° 34; Pardessus, t. I, n° 11).

685. — C. Enfin, ce n'est pas la nuance la moins délicate de ce sujet, que celle qui existe entre les services, qui n'ont pour objet que l'agrément individuel de la personne du propriétaire, et ceux, au contraire, qui augmentent directement et principalement l'agrément de l'héritage lui-même.

Ce qui fait ici surtout la difficulté, c'est que la servitude prédiale peut être établie pour la commodité et même pour le simple agrément de luxe qu'elle peut procurer au fonds dominant; c'est dans ce sens large qu'il faut effectivement entendre les expressions, *usage et utilité,* employées par l'article 637, dans ce sens que le mot *utilité* comprend tout ce qui est susceptible de rendre le fonds plus productif, plus précieux, plus commode, et même seulement plus agréable; telle serait la servitude de *prospect,* et tant d'autres, *quæ prædii causam meliorem aut amœniorem tantum facit, ut prospectus....*

(Cujas, in lib. II, resp. Papiniani, ad leg. 4, *de Servit. rust. præd.*).

Mais, en même temps, il n'est pas possible de regarder comme une servitude réelle la concession qui n'aurait d'autre résultat que de procurer un agrément individuel, ou un simple avantage tout particulier et relatif à la personne elle-même.

Aussi Cœpolla ne considérait-il pas comme une servitude prédiale, mais seulement comme une obligation personnelle, *non valebit tanquam servitus, licet valeat tanquam conventio*, la clause qu'un commerçant, propriétaire de deux maisons, insérerait dans la vente de l'une d'elles, que l'acquéreur ne pourra pas y fonder un commerce rival du sien (tract. I, cap. XII, n° 1); et cette solution nous paraîtrait encore généralement exacte aujourd'hui (comp. Pardessus, t. I, n° 11).

Tandis qu'il pourrait en être autrement de la clause par laquelle le propriétaire d'une maison aurait le droit d'empêcher le maître d'un terrain voisin d'y élever un bâtiment à usage de cabaret, d'y ouvrir une auberge, ou d'y exercer telle industrie bruyante et incommode, ou même seulement aussi, suivant les cas, une industrie rivale de la sienne (comp. Cass., 4 frimaire an III, D., 1, I, 52; Cass., 8 juill. 1851, Nicque, D., 1851, I, 188).

686. — Pourrait-on constituer à titre de servitude en faveur d'un fonds, le droit de chasse ou de pêche dans le bois ou dans les eaux d'un fonds voisin?

Cette question est controversée; et trois opinions se trouvent ici en présence :

La première enseigne que les concessions de cette espèce ne peuvent créer, activement et passivement, que des relations purement personnelles, comme celles qui résultent du contrat de louage, et qu'elles ne grèveraient, par conséquent, point le tiers acquéreur, en vertu des principes sur les servitudes, mais seulement en vertu des principes qui imposent à l'acquéreur d'un fonds

l'obligation d'entretenir les baux faits par le vendeur (comp. Cujas, *Observat.*, cap. XXIV; Pardessus, t. I, n° 11).

D'après la seconde opinion, extrême, à son tour, en sens contraire, ces sortes de concessions pourraient engendrer de véritables servitudes, transmissibles activement et passivement, à tous les successeurs des héritages. N'y a-t-il pas là, en effet, dit-on, une utilité manifeste pour le domaine, auquel est ajouté ce produit ou cet agrément? Et n'est-il pas évident que ces droits de chasse ou de pêche dans le fonds voisin augmentent la valeur vénale et locative du fonds, au profit duquel ils sont établis (comp. Toullier, t. II, n° 588; Daviel, t. III, n° 933; Taulier, t. II, p. 356; *voy.* Cass., 4 janv. 1860, Thiéry, Dev., 1860, I, 743).

Nous n'admettons, pour notre part, ni l'une ni l'autre de ces solutions; et notre avis est que les droits de chasse et de pêche peuvent bien être établis à titre d'usage irrégulier, de manière à grever, au profit d'une personne déterminée et pendant sa vie, le fonds servant, d'une charge réelle, qui le suivra dans les mains de tout tiers détenteur (art. 628), mais qu'ils ne sauraient constituer une servitude prédiale établie à perpétuité en faveur d'un fonds; car la vérité est que ces sortes de droits ont pour objet direct et principal, non pas l'utilité ni l'agrément du fonds lui-même, considéré en soi et comme fonds, mais avant tout l'agrément individuel de la personne.

On objecte que le fonds, auquel ces droits seront attachés, se vendrait ou se louerait plus avantageusement!

Défions-nous de cet argument-là; car il pourrait nous mener fort loin; si j'achetais une maison située à Paris, en stipulant, pour tous les propriétaires futurs de cette maison, le droit de chasser dans un bois, que mon vendeur posséderait dans les Vosges, je crois bien aussi que la valeur vénale ou locative de la maison en serait augmentée. Mais pourquoi? c'est parce que la vente ou le

bail comprendrait alors deux droits : d'abord, la maison, et puis un droit de chasse ou de pêche qui serait vendu ou loué en même temps; mais apparemment nul ne prétendrait qu'un pareil droit constituerait, dans ce cas, une servitude. Eh bien! il en est ainsi, lors même que la forêt ou le cours d'eau sont rapprochés du fonds auquel on veut attacher les droits de chasse ou de pêche; ils augmenteraient, si l'on veut, la valeur vénale et locative de ce fonds; mais il ne s'ensuivrait nullement qu'ils pussent être considérés comme des servitudes, c'est-à-dire comme des droits, qui améliorent le fonds lui-même, en sa qualité de fonds (comp. décret du 4 août 1789, art. 3; décret du 30 avril 1790, préambule; Loi du 30 mai 1844, art. 1, 2; avis du conseil d'État du 19 oct. 1811; Caen, 10 déc. 1851, de Saint-Pierre, *Rec. de Caen*, t. XVI, p. 13; Duranton, t. IV, n° 292, et t. V, n° 449: Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 341; Demante, t. II, n° 541 *bis*, 111; *voy.* aussi notre tome IX, n° 526; *Revue pratique de droit français*, 1860, tome X, p. 88, article de M. Merville).

687. — La même solution nous paraîtrait applicable à la concession, par suite de laquelle on attribuerait au propriétaire d'une maison voisine d'un parc ou d'un jardin, le droit de s'y promener, d'y cueillir des fruits ou des fleurs, ou d'y prendre ses repas (comp. Duranton, t. V, n° 16).

Et telle était effectivement aussi, dans cette hypothèse même, la décision du jurisconsulte Paul :

Ut pomum decerpere liceat, vel ut spatiari, aut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest (L. 8, princ., ff., *de Servit.*).

Plusieurs jurisconsultes ont induit de ce fragment qu'une concession de ce genre n'engendre aucune espèce de servitude même personnelle (comp. Cujas, *loc. supra cit.;* Cœpolla, *de Servit.*, tract, I, cap. II, n° 10);

Tandis que d'autres prétendent, au contraire, qu'elle peut, si telle a été la volonté des parties, constituer, ac-

tivement et passivement, une vraie servitude prédiale (comp. Toullier, Daviel, Taulier, *loc. supra cit.*, n° 686);

Et Pardessus, qui tout à l'heure décidait que les droits de chasse ou de pêche ne peuvent pas même constituer de simples servitudes personnelles ou des usages irréguliers, décide au contraire maintenant que le droit de se promener ou de cueillir des fruits dans un fonds pourrait être constitué à titre de servitude, en faveur d'un autre fonds (t. I, n° 11).

Nous ne nierons pas qu'en effet il n'y ait une certaine différence entre les deux cas. On ne trouvera jamais d'hypothèse où le droit de chasse ou de pêche puisse être considéré comme une amélioration intrinsèque de l'héritage lui-même, en sa qualité d'immeuble; mais il se pourrait, au contraire, que ce caractère parût jusqu'à un certain point se rencontrer dans un droit de promenade qui serait accordé, dans un jardin voisin, à une maison qui serait elle-même privée d'air et d'espace; et peut-être bien qu'alors on pourrait constituer ce droit comme une servitude réelle.

688. — De ce qui précède, il résulte que ces sortes de difficultés se divisent le plus souvent en deux branches, et peuvent, dans la plupart des cas, donner lieu :

A. D'abord, à un point de fait et à une question d'interprétation;

B. Ensuite, à un point de droit et à une question de principe.

689. — A. En fait, avant tout, quel est le caractère du droit que le disposant ou les parties contractantes ont entendu créer?

Est-ce un droit de propriété ou de copropriété? — ou de simple bail? — ou de pure obligation de faire ou de ne pas faire? ou un usage irrégulier, une servitude personnelle? — ou enfin une vraie servitude réelle?

C'est d'après les titres et les circonstances du fait, et surtout d'après la nature propre du droit lui-même, que cette première question doit être résolue dans chaque es-

pèce (comp. Cass., 7 févr. 1825, Tombette, D., 1825, I, 84; Cass., 15 févr. 1842, Duvivier, Dev., 1842, I, 344).

La qualification appliquée au droit par l'acte même qui l'établit, et les autres termes que cet acte peut renfermer encore, sont sans doute à prendre en très-grande considération. S'il résulte, en effet, du titre que la concession n'a été faite qu'en vue d'une personne individuellement désignée, elle ne constituera qu'un droit personnel, lors même que, par son caractère propre, elle aurait pu être établie comme servitude réelle : *si tamen testator demonstravit cui servitutem pecoris præstari voluit, emptori vel hæredi non eadem præstabitur servitus* (L. 4, ff., *de Servit. præd. rust.*); mais on devra, au contraire, y reconnaître une servitude réelle, si le droit est accordé au propriétaire d'un fonds pour lui et ses successeurs; ou même indépendamment de toute explication pareille, si le droit étant de sa nature une vraie servitude réelle, est concédé purement et simplement au fonds (comp. Cass., 7 février 1825, Tombette, D., 1825, I, 84; Bourges, 3 janv. 1829, Bourdiaux, D., 1829, II, 42; Proudhon, *des Droits d'usufruit, d'usage*, t. VI, n°s 3093 et suiv.; Duranton, t. V, n° 34).

Mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier non plus que le caractère véritable d'un droit se détermine, avant tout, par lui-même, par sa propre substance, plutôt que par la dénomination plus ou moins exacte, que les parties lui ont donnée ; et que, par exemple, l'emploi du mot *servitude* ne suffit pas pour imprimer ce caractère à un droit, qui, d'après l'acte même d'où il résulte, n'en est pas susceptible; pas plus que ce mot n'est nécessaire pour faire naître une véritable servitude, quand tel est effectivement le droit qui a été constitué : *in contractibus rei veritas potius quam scriptum perspici debet..., non quod scriptum, sed quod gestum est* (L. 1 et 3, Cod. *plus valere;* art. 1156, C. Napol.).

Ce que l'on peut dire toutefois, c'est que, dans le doute, il convient, en général, de décider que la concession est

personnelle plutôt que réelle, parce que la liberté des fonds est favorable et que l'obscurité d'une clause doit être interprétée en faveur du promettant plutôt que du stipulant, *qui potuit legem apertius dicere* (art. 1162).

690. — B. Lorsque le véritable caractère de la concession a été déterminé en fait, reste à savoir, en droit, si cette concession, telle que les parties ont voulu l'établir, est valable.

Et, à cet égard, nous ne pouvons que nous référer aux règles que nous venons d'exposer (*supra*, n°s 679 et suiv.).

Bornons-nous à dire seulement que telle concession, qui pourrait être valable, si les parties n'avaient entendu, en fait, constituer qu'une servitude personnelle ou un droit d'usage irrégulier, pourrait, au contraire, ne l'être pas, s'il résultait de l'acte qu'elles ont voulu imprimer le caractère de servitude réelle à un droit qui n'en est pas susceptible.

Mais, en sens inverse, rien ne s'oppose à ce qu'elles n'établissent qu'à titre d'usage irrégulier, et pendant la vie seulement d'une personne déterminée, un droit qui aurait pu être établi comme servitude réelle (*voy.* notre tome IX, n° 520).

691. — Les propriétaires eux-mêmes, d'ailleurs, sont, en général, souverainement juges des motifs d'utilité, c'est-à-dire d'avantage, de commodité, de convenance ou d'agrément, qui leur font établir des servitudes (art. 686). Sans doute, une prétendue servitude à laquelle le fonds dominant n'aurait aucun intérêt, serait nulle (L. 15, princ., ff., *des Servit.*); mais il faudrait que le défaut d'intérêt fût bien manifeste ; car l'utilité dont parle notre article 637, doit s'entendre d'une manière très-large ; et il suffit que cette utilité soit apparente, éloignée et même seulement possible. C'est en ce sens que le jurisconsulte Labeon disait que nous pouvons stipuler même une servitude inutile, *et si inutilis sit ; quædam enim habere pos-*

sumus, quamvis ea nobis utilia non sunt (L. 19, *tit. supra cit.*). Je pourrais, par exemple, quoique mon fonds eût un accès facile, ou même déjà plus d'un accès sur la voie publique, acquérir encore, sur un autre fonds, un nouveau droit de passage; et pareillement, quoique Lalaure ait enseigné le contraire (*des Servit.*, liv. I, chap. VIII, p. 44), rien ne nous paraît s'opposer à ce qu'un propriétaire stipule de son voisin qu'il ne pourra pas faire de feu dans tel appartement, de manière à lui envoyer de la fumée (comp. Toullier, t. II, n° 594 ; Pardessus, t. I, n° 11).

692. — Il est toutefois une condition évidemment indispensable de l'utilité (art. 637), c'est le voisinage des deux fonds, entre lesquels doit s'établir cette relation qui constitue la servitude.

Mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient contigus ; et Vinnius remarquait fort justement que le voisinage, en cette matière, s'apprécie non pas *ex prædiorum conjunctione vel confinio, sed ex commoditate utendi* (ad Inst., *de Servit.*, princ., n° 3).

Il se peut donc très-bien, ainsi qu'il arrive souvent, que l'héritage dominant soit séparé de l'héritage servant par un autre héritage ou par un espace quelconque intermédiaire ; et rien, par exemple, ne s'oppose à ce que le propriétaire de la maison A, séparée par le champ B du fonds C, stipule néanmoins du propriétaire de celui-ci, qu'il ne construira pas sur son fonds, afin de conserver à sa maison *jus prospectus* (comp. Duranton, t. V, n°s 454-457 ; Taulier, p. 356).

Et voilà précisément ce que disait Dumoulin : *non est vera opinio eorum qui putant prædium medium impedire constitutionem servitutis* (*de Div. et Indiv.*, t. III, n° 359).

693. — Puisque la servitude ne peut être établie que pour l'utilité directe du fonds, la conséquence en est évidemment aussi que l'étendue en est limitée aux besoins du fonds lui-même, *quatenus ad eum ipsum fundum opus*

sit (L. 5, § 1; ff., *de Servit. præd. rust.*), et que l'on ne pourrait pas, en général, la faire servir aux besoins d'un autre fonds (*infra*, nos 846 et suiv.).

964. — Au reste, aucun texte ni aucun principe ne s'oppose à ce qu'on établisse, éventuellement ou conditionnellement, une servitude en faveur d'un immeuble qui n'appartient pas encore au stipulant ou concessionnaire, pour le cas où il en deviendrait plus tard propriétaire, ou en faveur d'un bâtiment qui n'est pas encore construit, *futuro quoque ædificio* (L. 23, § 1, ff., *de Servit. urb. præd.*).

Ce ne serait pas une objection sérieuse que celle qui consisterait à dire que la servitude ne pouvant pas être utile à un fonds qui n'existe pas encore, n'est alors établie qu'en faveur de la personne ; car il n'y a, en attendant, aucune servitude quelconque, ni personnelle ni réelle ; il n'y a qu'une promesse de servitude, parfaitement licite, et qui se réalisera très-valablement du jour où l'immeuble en faveur duquel elle a été éventuellement établie, appartiendra au concessionnaire (comp. Montpellier, 29 juin 1849, comm. de Perpignan, D., 1851, II, 214; Toullier, t. II, n° 578; Duranton, t. V, n° 443; Solon, n° 4; Pardessus, t. I, n° 40, et t. II, n° 261 ; Marcadé, *Revue crit. de jurispr.*, t. II, p. 211).

Et voilà aussi pourquoi, dès que l'on reconnaît l'existence d'une servitude de passage au profit d'un fonds séparé du fonds servant par un autre fonds intermédiaire, il n'est pas possible de subordonner la validité de cette servitude au point de savoir si le propriétaire du fonds dominant a, de plus, un droit de passage sur le fonds intermédiaire (comp. Cass., 26 nov. 1861, Pastoureau, Dev., 1862, I, 77).

695. — Quant à cette condition essentielle de la servitude, qu'il faut que l'héritage servant appartienne à un autre propriétaire que l'héritage dominant, elle nous est depuis longtemps connue (art. 637 et 705); et nous avons

déjà plusieurs fois posé cet axiome : *nulli res sua servit* (L. 26, *de Servit. urb. præd.; voy.* notre tome IX, n° 543; et *supra*, n° 4).

696. — Remarquons, toutefois, que les copropriétaires d'un héritage indivis peuvent avoir des servitudes sur un héritage appartenant exclusivement à l'un d'eux; de même que l'un des copropriétaires pourrait avoir, sur l'héritage dont il est copropriétaire par indivis avec d'autres, des servitudes en faveur de l'héritage qui lui appartient exclusivement; car ce sont là, surtout sous le rapport qui nous occupe, des héritages tout à fait distincts, et appartenant à des maîtres différents (comp. L. 27, ff., *de Servit. urb. præd.;* Zachariæ, t. II, p. 70; *supra*, n° 565).

697. — Il est bien certain aussi que lorsque l'article 637 dispose que la servitude est une charge imposée *sur un héritage* pour l'usage et l'utilité d'un héritage *appartenant à un autre propriétaire*, il est, disons-nous, certain qu'il est ici question de deux héritages qui sont susceptibles de propriété privée; car la servitude n'est elle-même qu'un démembrement du droit de propriété (art. 537, 543).

L'article 637 et notre titre tout entier *des Servitudes* s'appliquent donc sans difficulté, non-seulement aux immeubles qui appartiennent à des particuliers, mais encore à ceux qui forment le domaine privé de l'État ou des communes, c'est-à-dire qui, n'étant pas consacrés à un usage public, sont dans leur patrimoine comme des propriétés particulières, régies par les principes ordinaires du droit civil.... *in patrimonio populi* (L. 14, princ., ff., *De adq. rer. dom.;* comp. art. 537, 539, 541, 2227, et notre tome IX, n°s 456, 460).

698. — Mais c'est, au contraire, une question délicate que celle de savoir si les immeubles qui sont affectés à un usage public, et qui forment ce que l'on a coutume d'appeler le *domaine public* de l'État ou des com-

munes, peuvent être affectés d'une servitude réelle dans l'intérêt des immeubles appartenant à des particuliers.

Cette question, toutefois, n'est pas elle-même non plus difficile à résoudre, dans le cas où le droit de servitude réclamé serait contraire à la destination d'intérêt général, à laquelle le domaine public ou municipal a été consacré.

Cette destination ayant pour résultat de placer hors du commerce et de rendre inaliénables et imprescriptibles les immeubles qui en sont affectés, il est bien clair qu'ils ne peuvent devenir, contrairement aux usages publics, auxquels ils sont consacrés, le sujet d'un droit de servitude, pas plus que d'un droit de propriété privée (comp. art. 538, 541, 1128, 1598, 2226; et notre tome IX, n°s 457 et 460).

Et de là, par exemple, les conséquences suivantes :

1° Les propriétaires riverains des rues et des places, des villes, bourgs et villages, ne sauraient acquérir le droit d'avoir ni de conserver sur la rue ou la place publique, des bancs, des escaliers, des bornes, des balcons, etc., pas plus que des caves ou des conduits souterrains ; car loin que ces sortes d'ouvrages rentrent dans la destination de la rue ou de la place, ils ne peuvent, au contraire, que gêner et entraver le service public auquel elles sont consacrées : soit la libre viabilité et la sûreté, soit même seulement la régularité, la belle apparence, et l'ornement des villes qui intéressent aussi le bien public, *quia*, disait d'Argentré, *publicorum usus non solum ex commodo, sed ex ornatu et facie æstimantur* (sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII, p. 1136). Il n'y aurait donc là aucune servitude, ni aucun droit réel, si longtemps que le fait ait subsisté par la tolérance de l'Administration; à ce point même qu'une concession expresse de sa part devrait être elle-même considérée toujours comme précaire et révocable (comp. L. 2, § 26 et 27, ff., *Ne quid in loco publ.*; L. 6, Cod. *De operib. publ.*, art. 479, 4°, C[illegible]n.; conseil d'État, 4 août 1811, Ar-

change, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, III, 2, 639; Cass., 13 févr. 1828, Hecht, D., 1828, I, 129; Dunod, *des Prescriptions*, part. I, chap. XII, p. 79; Solon, n° 420; Proudhon, *du Dom. publ.*, t. II. n°s 365, 368; Troplong, *de la Prescription*, t. I, n° 162).

2° La même solution est applicable aux promenades publiques; on ne saurait, en général, si ce n'est dans des cas particuliers et exceptionnels, reconnaître le caractère d'une servitude ou d'un droit quelconque, dans toute entreprise, qui serait contraire à l'usage auquel elles sont consacrées; et comme cet usage est beaucoup plus spécial et plus restreint que celui des rues et des places, comme une promenade publique n'est pas faite pour donner passage aux voitures, ni pour recevoir les ouvertures des portes ou des fenêtres des maisons adjacentes, les ouvertures de ce genre qui y seraient pratiquées, ne devraient aussi être considérées que comme de simple tolérance; et il appartiendrait toujours à l'Administration de les faire fermer, sans être tenue à aucune indemnité (comp. Poitiers 31 janv. 1837, Collinet, Dev., 1838, II, 78; Pardessus, t. I, n° 36).

3° C'est encore par suite du même principe que nous avons décidé plus haut (n° 356), que le propriétaire voisin d'une église ou d'une prison ne pouvait pas demander à acquérir la mitoyenneté du mur de cet édifice, consacré à un usage public.

699. — La question que nous avons proposée (*supra*, n° 698) ne peut donc sérieusement s'élever qu'à l'égard des ouvrages que les propriétaires riverains des rues et des places publiques ont pu faire, non pas contrairement, mais conformément à leur destination essentielle, pour les portes, par exemple, les fenêtres ou les égouts, qu'ils ont pu y établir.

Ces portes, ces fenêtres, ces égouts constituent-ils alors, au profit des bâtiments adjacents, une servitude sur la voie publique, de telle sorte que l'Administration

ne puisse pas en gêner l'exercice, et encore moins les supprimer, soit par des dispositions nouvelles, soit par l'aliénation qu'elle ferait du sol de la place ou de la rue ; qu'elle ne le puisse pas, disons-nous, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une indemnité?

Ou, au contraire, les portes, les fenêtres ou égouts n'existent-ils encore dans cette hypothèse que par la tolérance de l'Administration, qui aurait toujours le droit de les rendre inutiles, sans être tenue à aucune indemnité?

Cette dernière doctrine a été soutenue; et plusieurs jurisconsultes ont pensé qu'on devait, dans cette hypothèse même, appliquer la maxime, que les choses, qui dépendent du domaine public de l'État ou des communes, ne sont pas susceptibles de devenir l'objet d'un droit réel privatif et particulier; que la jouissance des rues et des places est exercée *jure civitatis*, et qu'elle manque, en effet, dans la plupart des circonstances, du caractère propre de la *servitude*, celui d'être exercée comme dépendance de tel ou tel immeuble, puisqu'il importe peu que celui qui passe dans une rue, y ait ou n'y ait pas une propriété. Telle est la doctrine de Pardessus, qui toutefois en a beaucoup modifié les conséquences dans sa dernière édition (de 1838, t. I, n° 40).

Duranton, contrairement à l'opinion de Pardessus, enseigne bien « que l'abandon que ferait l'Administration à un particulier d'un chemin, d'une rue ou d'une place, comme ne devant plus faire partie du domaine public ou communal, est toujours censé fait sous la réserve que ce tiers n'en changera pas la destination, de manière à rendre les constructions voisines inutiles, ou bien moins avantageuses; » mais notre savant collègue pourtant professe également cette théorie que « les propriétaires riverains ne peuvent invoquer que leur jouissance *jure civitatis*, et que cette jouissance ne constitue

point une véritable servitude sur la rue ou la place; que conséquemment elle n'empêche point l'Administration, dans les termes rigoureux du droit, de faire de nouvelles dispositions qui la diminueraient ou même la changeraient totalement, sauf aux parties intéressées à recourir à l'autorité supérieure, à l'Empereur même, s'il le fallait, pour faire réformer une décision qui blesserait si fortement leurs intérêts. » (T. V, nos 296, 298.)

Nous croyons, au contraire, tout à fait, pour notre part, que les portes, fenêtres ou égouts pratiqués par les riverains, dans leurs édifices donnant sur les rues ou les places, forment des dépendances de la propriété de ces mêmes édifices, ou plutôt qu'ils constituent la manière d'être de cette propriété; qu'ils sont, par conséquent, de véritables droits réels de servitude; et que dès lors l'Administration ne peut, si ce n'est moyennant une indemnité, les diminuer ou les rendre inutiles ni par des constructions ou des dispositions nouvelles quelconques, ni par l'aliénation du sol de la rue ou de la place au profit d'un particulier :

1° Ce qui fait que le domaine public de l'État ou des communes est insusceptible d'un droit exclusif et individuel, c'est uniquement sa destination ; c'est que l'usage public auquel il est affecté, résiste à toute entreprise qui y serait contraire ; et, en conséquence, il faut reconnaître que le domaine public lui-même peut être l'objet d'un droit réel privé, en tant que ce droit ne fait aucun obstacle à sa destination essentielle;

Or, bien loin que la destination des rues et des places s'oppose à ce que les propriétaires riverains y pratiquent des portes, des fenêtres, des égouts, c'est en cela précisément que cette destination consiste à leur égard; l'Administration y invite les propriétaires; bien plus! la loi elle-même leur déclare qu'ils en ont le droit (comp. art. 681, 682; art. 678, 679; ajoutez aussi la loi du 10 juin 1793, sect. III, art. 23, *sur le partage des biens communaux*);

Donc, ces sortes d'ouvrages constituent véritablement des droits réels sur la voie publique au profit des propriétaires riverains.

2° Cette doctrine était celle du droit romain (tot. tit., ff. *Ne quid in loc. public.*).

Notre ancienne jurisprudence française l'avait également consacrée (comp. Domat, *Droit public*, liv. I, sect. II; arrêt du parlement de Bourgogne du 18 févr. 1618, rapporté par Bouvot, *Quest. notables*, v° *Édifice*, quest. 5, t. II, p. 332; Ferrière, sur l'article 200 de la cout. de Paris).

Et la vérité est qu'elle est impérieusement commandée par la foi publique et par l'équité, non moins que par l'intérêt général de la société tout entière. Comment! des propriétaires auront élevé, à grands frais, des bâtiments sur une rue ou une place; et l'Administration pourrait, après cela, obstruer impunément leurs issues et leurs jours, de manière à faire, comme dit Proudhon, de leurs maisons, *autant d'obscurs cachots* (*du Dom. public*, t. II, n° 363)! Cela n'est pas évidemment tolérable!

3° C'est qu'en effet ces droits réels sur la voie publique résultent, pour les maisons adjacentes, d'une sorte de quasi-contrat, qui s'est formé entre l'Administration qui, en établissant la rue ou la place, a invité les propriétaires à y pratiquer des issues, des fenêtres, des égouts, et les propriétaires qui ont répondu à cet appel; ou plutôt même on pourrait dire que ces droits réels ont pour cause un véritable contrat, dont les deux termes sont la concession de l'alignement donné par l'Administration, sur la demande des propriétaires qui se proposaient de bâtir; contrat synallagmatique, qui prouve d'autant mieux que cette concession n'a nullement le caractère d'une simple tolérance, qu'il en résulte, à la charge des propriétaires riverains, des obligations réciproques, telles, par exemple, que celle de

contribuer, suivant les usages de la localité, aux frais du premier pavage, et autres encore (comp. Cass., 16 mai 1838, Coignes, Dev., 1838, I, 369; conseil d'État, 23 juin 1846, Leblais, Dev., 1846, II, 604; Jousselin, *des Servit. d'util. publique*, t. II, p. 475-481).

4° Et maintenant est-ce à dire qu'il faille appliquer rigoureusement à cette situation tous les effets de la servitude ordinaire entre deux héritages privés, de telle sorte que le propriétaire riverain serait en droit de refuser l'indemnité et d'exiger, comme dit Pardessus, qu'il ne fût apporté aucun changement à l'état des lieux? (T. I, n° 41, p. 102.)

Telle n'est pas notre conclusion; et pour déterminer l'étendue de cette espèce particulière de servitudes, nous dirons, avec l'article 686, que *l'usage et l'étendue des servitudes.... se règlent par le titre qui les établit*, c'est-à-dire que la détermination de l'étendue et des effets d'une servitude quelconque est toujours une question d'interprétation.

Or, dans notre hypothèse, nous croyons que cette interprétation doit être faite tout à la fois d'après les règles du droit civil privé sur les effets soit des conventions, soit des servitudes, et d'après les règles et les précédents du droit public et administratif.

Et, en ce qui nous concerne, nous en déduirons, en principe général, ces deux conséquences :

A. L'Administration ne peut pas, sans être tenue à une indemnité envers les propriétaires riverains, supprimer ou rendre notablement moins avantageuses leurs servitudes d'accès ou de sortie, de vues et d'égouts; elle ne le peut en aucune manière, ni par des constructions et des dispositions nouvelles, ni par la cession qu'elle ferait du sol de la rue ou de la place à un particulier (comp. Cass., 18 janv. 1826, maire de Nantes, D., 1826, I, 130; Cass., 11 févr. 1828, Fragny, D., 1828, I, 124; Cass., 5 juill. 1835, Aribert, Dev., 1836, I, 600; Cass., 6 oct.

1837, Casimir, Dev., 1838, I, 96; Nancy, 28 janv, 1840, et Cass., 10 nov. 1841, Charlet, Dev., 1842, I, 178; Cass., 12 juill. 1842, David, Dev., 1842, I, 593; Cass., 2 mai 1844, Schweighoffer, Dev., 1844, I, 669; Orléans, 30 juill. 1861, Saran, Dev., 1862, II, 28; conseil d'État, 19 mars 1845, 1re espèce, Tendret; 2e espèce, Plet, Dev., 1845, II, 447; Toullier, t. II, nos 480, 483; Proudhon, *du Dom. public*, t. II, n° 869 et suiv.; Zachariæ, t. II, p. 72; Solon, nos 416 et 426; Belime, *Traité du Droit de possession*, n° 233; Coulon, *Quest. de droit*, t. III, p. 56; Sauger, *du Louage et des Servitudes*, n° 497).

B. L'Administration pourrait, sans être tenue à aucune indemnité envers les propriétaires riverains, prendre les mesures et les dispositions qu'elle jugerait convenables, s'il ne résultait de ces dispositions, pour l'exercice de leurs servitudes d'accès, ou de vues, ou d'égouts sur la voie publique, qu'un changement tel, que l'on dût considérer, d'après la vraisemblable intention des parties, que l'Administration n'a pas pris l'engagement de s'en abstenir, et que dès lors les propriétaires riverains ont pu s'y attendre, c'est-à-dire un de ces changements qui, en diminuant l'avantage dont ils avaient joui jusqu'alors, leur laisserait pourtant la libre jouissance des servitudes qui étaient acquises à leurs édifices; comme si, par exemple, l'Administration diminuait la largeur de la place ou de la rue, ou même si elle fermait la rue par l'un de ses bouts, de manière à en faire une *impasse*; ou si elle supprimait une fontaine publique, etc. (comp. en ce sens la loi du 24 mai 1842, art. 2, sur les portions de routes délaissées par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une nouvelle route; Pardessus, t. I, n° 40, p. 102).

700. — Mais, lorsque les propriétaires riverains sont fondés à réclamer une indemnité contre l'Administration, parce que leurs droits d'accès ou de vues, ou d'égouts, seraient supprimés ou notablement atteints, quelle est l'autorité compétente?

Cette question est elle-même fort délicate.

C'est le pouvoir judiciaire, suivant les uns, puisqu'il s'agit d'une question de propriété privée.

C'est, au contraire, d'après les autres, le pouvoir administratif, parce qu'il ne s'agit pas d'une véritable *expropriation*, mais seulement d'un simple *dommage*, quoique ce soit permanent; et nous avons déjà dit que telle paraît être aujourd'hui, après beaucoup d'hésitations et de luttes, la doctrine généralement suivie (comp. notre tome IX, n° 567; conseil d'État, 15 juin 1842, II, 378; 16 janvier 1852, Daviaud, *Rec.* de Lebon, 1852, p. 108).

701. — Enfin, l'indivisibilité doit être mise au nombre des caractères essentiels de la servitude,

Cette thèse, toutefois, a été fort débattue : *fremant omnes licet!* s'écriait Dumoulin, en entreprenant de prouver que certaines servitudes sont aussi divisibles que de l'argent, *quam reditus pecuniarii* (*Tract. de div. et indiv.*, IIIe part., n° 290).

Et de là est venu le système qui enseigne que l'indivisibilité des servitudes n'est pas de leur essence, et qu'elles sont, au contraire, comme tout autre droit, divisibles ou indivisibles, suivant que le fait qui les constitue, est susceptible ou non de division (comp. Toullier, t. VI, nos 783 et suiv.; Pardessus, t. I, nos 22 et suiv.; Lassaulx, t. III, n° 207).

Mais la doctrine de l'indivisibilité essentielle de la servitude, qui était celle des jurisconsultes romains, et que Pothier professait également dans notre ancien droit (*des Oblig.*, nos 291 et suiv., et *Introduction au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 3), cette doctrine, disons-nous, a été aussi reconnue par les rédacteurs de notre Code; et nous verrons plus bas que les articles 700, 709, et 710 n'en sont effectivement que des corollaires et des applications (nos 996 et suiv.).

Seulement il importe de bien comprendre cette indi-

visibilité; or nous croyons qu'elle se résume en cette double idée :

D'une part, que la servitude est due activement à tout le fonds dominant et à chacune des parties de ce fonds, *omnibus ejus partibus* (L. 23, § 3, ff. *de Serv. præd. rust.*);

D'autre part, qu'elle est due passivement par tout le fonds servant et par chacune des parties de ce fonds.... *ita diffusa ut omnes glebæ serviant* (L. 13, § 1. ff. *eod.*).

Et ce caractère-là résulte, il faut bien le dire, de la force même des choses, puisque la servitude n'est, activement et passivement, qu'une qualité du fonds lui-même (comp. Paris, 16 mai 1825, Moux-Tourneur, D., 1826, II, 102; Cass., 20 juin 1827, Broyard, D., 1827, I, 277 : *Revue de droit français et étranger*, articles de M. Guis, t. VIII, p. 155, 977 et suiv.; Cass., 29 avril 1862, Daudé, *J. du P.*, 1862, p. 1092).

Mais ensuite l'indivisibilité de la servitude n'empêche pas :

1° Qu'elle ne soit susceptible, dans son exercice, d'être limitée sous le rapport du lieu, du temps ou du mode (art. 708);

2° Qu'en cas de division du fonds, la servitude ne soit susceptible elle-même d'être conservée ou perdue séparément pour l'une ou l'autre des portions, *atque si ab initio duobus fundis debita sit* (L. 6, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; art. 709, 710).

Qu'il nous suffise d'avoir ici posé, en ces termes et dans ces limites, la règle de l'indivisibilité de la servitude; nous déduirons bientôt les conséquences positives et pratiques qui en découlent

702. — Quant à la perpétuité de la cause, qui était aussi, chez les Romains, un caractère essentiel de la servitude (L. 28 ff. *de Servit.*), elle a toujours été étrangère à nos usages ; et notre Code n'exige, en effet, aucune condition de ce genre.

Que fallait-il entendre d'ailleurs par cette cause per-

pétuelle? c'était là un point assez obscur, et qui avait soulevé de vives controverses (comp. Heineccius, *De causa servit. perpetua*, t. II, *Oper.*, syllog. 2, p. 177).

Il paraît, toutefois, que la perpétuité de la cause exprimait cette idée qu'il fallait que le fonds servant pût servir le fonds dominant sans discontinuation, lorsqu'il y avait lieu d'exercer la servitude ; d'où l'on avait conclu, par exemple, qu'il n'était pas possible de constituer une servitude d'aqueduc à prendre dans un étang ou une citerne, qui n'ayant point une eau vive et perpétuelle, aurait été susceptible de se dessécher et de tarir (L. 28, *supra cit.* ; *voy.* aussi *supra*, n° 107).

On voit que, sous ce rapport, la perpétuité de la cause était inhérente au fonds servant lui-même, à la nature propre de ce fonds, et nullement à la circonstance, soit que le fait de l'homme était ou n'était pas nécessaire pour l'exercice de la servitude, soit que la servitude s'exerçait sans intermittence ou seulement par intervalles ; car les Romains admettaient, comme nous, les servitudes discontinues, telles que celles de passage ou de puisage et autres, et aussi les servitudes qui ne s'exerçaient qu'alternativement, de deux jours l'un, par exemple, ou autrement. La *perpétuité*, différente de la *continuité*, était donc une condition relative au fonds servant lui-même, considéré *per se*.

Mais c'était là une subtilité qu'il était difficile de comprendre et qui pouvait faire obstacle à l'établissement de servitudes quelquefois fort utiles; aussi les Romains eux-mêmes ne s'y étaient-ils pas tenus rigoureusement (L. 9, ff. *de Servit*, *præd. rust.*).

703. — Il ne faut pas d'ailleurs confondre la perpétuité de la cause avec la perpétuité de la durée ; et nous avons déjà dit que cette perpétuité était un caractère général de la servitude (*supra*, n° 1).

Mais nous savons aussi pourtant qu'elle n'est pas non plus de leur essence, et que rien ne s'oppose à ce qu'une

servitude prédiale soit établie pour ne durer que pendant la vie d'une personne déterminée (*infra*, n°s 759, 760).

Les servitudes, en effet, admettent dans leur constitution toutes les modalités qui ne sont pas contraires à l'ordre public (art. 686); et il n'est pas douteux qu'elles pourraient être aussi constituées sous condition suspensive ou résolutoire, ou à terme, *ex tempore, sub conditione, vel ad certam conditionem* (L. 4, ff. *de Servit.*). Il est vrai que la loi romaine que nous citons, porte que ces modalités sont impossibles *ipso jure;* mais elle permet de les maintenir au moyen de l'exception de dol; or, nous n'avons, chez nous, nul besoin de ces sortes de détours.

N° II.

Des caractères particuliers et accidentels des servitudes.

SOMMAIRE.

704. — Sous le rapport des caractères particuliers qui peuvent s'y rencontrer, il y a quatre espèces de servitudes :

705. — A. Les servitudes sont urbaines ou rurales. — En quoi consistait cette distinction chez les Romains. — Les auteurs de notre Code l'ont inexactement reproduite; et la nouvelle distinction qu'ils ont faite, est dépourvue de tout intérêt pratique.

706. — B. Les deux autres distinctions des servitudes, en continues ou discontinues, apparentes on non apparentes, sont au contraire, fondamentales. — Origines de ces distinctions, d'après le droit romain et notre ancien droit français.

707. — Les servitudes sont continues ou discontinues. — Dans quel cas la servitude est-elle continue?

708. — Suite.

709. — Suite.

710. — Suite. — Faut-il considérer comme continue une conduite d'eau qui ne s'exercerait que par intervalles, et à la condition de lever une vanne ou une écluse?

711. — Suite. — *Quid*, des prises d'eau à fin d'arrosage, dont l'exercice exigerait préalablement l'ouverture d'un canal?

712. — Faut-il considérer également comme continue la servitude d'évier ou égout des eaux ménagères? — Ou des eaux industrielles provenant d'une fabrique ou d'une manufacture?

713. — C. Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

714. — En quoi consiste l'apparence? Les expressions : *ouvrages extérieurs* et *signes extérieurs*, employées par l'article 689, sont-elles synonymes?

715. — L'apparence doit exister relativement au propriétaire du fonds que l'on prétend assujetti à la servitude.
716. — Il faut aussi que l'apparence n'ait rien de précaire ni d'équivoque.
717. — L'apparence ou la non-apparence n'est pas, comme la continuité ou la discontinuité, un caractère intrinsèque et invariable de la servitude. — Exemples.
718. — Il importe peu que l'ouvrage qui rend la servitude apparente, soit établi sur le fonds dominant ou sur le fonds servant.
719. — Il ne faut pas confondre l'apparence avec la continuité.
720. — Suite.
721. — La servitude apparente ne consiste pas dans le droit d'établir les ouvrages extérieurs qui sont nécessaires à son exercice, mais dans l'existence même de ces ouvrages.
722. — D. Les servitudes sont affirmatives ou positives et négatives. — Observation.
723. — Les caractères accidentels des servitudes peuvent se trouver tantôt réunis, tantôt séparés. — Exemples.

704. — Nous appelons caractères particuliers et accidentels, ceux qui ne se rencontrent pas indistinctement dans toutes les servitudes, et qui peuvent, au contraire, se trouver chez les unes et point chez les autres.

Notre Code en distingue, sous ce rapport, trois espèces ; et les servitudes peuvent être :

A. *Urbaines* ou *rurales ;*

B. *Continues* ou *discontinues ;*

C. *Apparentes* ou *non apparentes.*

D. Nous verrons aussi qu'il est possible de les distinguer en servitudes *positives* ou *négatives.*

705. — A. Aux termes de l'article 687 :

« Les servitudes sont établies ou pour l'usage des « bâtiments ou pour celui des fonds de terre.

« Celles de la première espèce s'appellent *urbaines,* « soit que les bâtiments, auxquels elles sont dues, « soient situés à la ville ou à la campagne.

« Celles de la seconde espèce se nomment *rurales.* »

Cette distinction jouait un grand rôle en droit romain, relativement à la manière dont les servitudes pouvaient s'acquérir, et surtout se perdre par le non-usage (Gaïus, *Comm.,* liv. II, § 21 ; L. 14, ff. *de Servit.,* comp Mache-

lard, *Distinction des servitudes prédiales en Droit romain, Revue crit. de Législat.*, 1866, t. XXIX, p. 248 et p. 518; t. XXX, 1867, p. 440; t. XXXI, p. 112).

Et elle n'était pas non plus sans importance autrefois chez nous, dans certaines de nos anciennes provinces (comp. coutumes d'Anjou, art. 449; de Nivernais, *des Maisons et Servit. réelles*, art. 2; Bannelier et Davot, t. II, p. 149).

Mais elle est, au contraire, dépourvue aujourd'hui de tout intérêt pratique; et les mêmes règles conviennent, dans notre droit, aux servitudes urbaines ou rurales sans distinction. Les rédacteurs du Code auraient donc pu n'en pas faire mention; d'autant mieux qu'ils l'ont reproduite d'après la doctrine vulgaire des anciens interprètes, qui ne paraissent pas avoir exactement saisi la théorie romaine sur ce point.

Chez les Romains, en effet, la servitude rurale était celle *quæ in solo consistit*, c'est-à-dire qui peut se concevoir indépendamment de tout édifice et qui s'exerce sur le sol, bâti ou non bâti, peu importe; et la servitude urbaine était celle *quæ in superficie consistit* (L. 3. ff. *de Servit.*), c'est-à-dire celle qu'on ne peut pas concevoir sans l'existence d'un bâtiment, parce que c'est au moyen d'un bâtiment qu'elle subsiste et qu'elle s'exerce, *quæ ædificiis inhærent* (Inst., *de Servit.*, § 1). Ainsi un droit de passage, s'exerçant sur le sol, était toujours une servitude rurale, lors même qu'il avait été établi pour le service d'une maison; de même que la servitude, qui consistait à laisser tomber l'égoût d'un bâtiment sur un champ voisin, s'exerçant par le moyen de ce bâtiment, était toujours une servitude urbaine, lors même que l'eau devait servir à l'irrigation d'une prairie. La distinction était donc très-nette et très-fixe; les jurisconsultes romains avaient même mis beaucoup de soin à classer rigoureusement, dans l'une ou dans l'autre de ces catégories, les différentes servitudes (comp. les deux titres du

Digeste, *de Servitutibus prædiorum urbanorum; — de Servitutibus prædiorum rusticorum*). Et c'est très-justement que Vinnius, qui en avait aperçu le vrai caractère, disait que la même servitude ne pouvait être tantôt rurale, tantôt urbaine, suivant que le fonds, sur lequel elle s'exerçait, était un sol nu ou un bâtiment : *ratio non patitur ut eadem specie servitus nunc rustica, nunc urbana dicatur* (Inst., *de Serv.*, § 1, n° 1).

Or, c'est là précisément ce que fait l'article 687 avec la définition qu'il nous donne. D'après cet article, la distinction entre les servitudes urbaines et rurales se déduit de la nature du fonds, pour l'utilité duquel la servitude est établie; d'où il suit qu'un droit de passage, par exemple, sera une servitude rurale, s'il est établi pour l'utilité d'un champ, et une servitude urbaine, s'il est établi pour l'utilité d'une maison !

Cette base était évidemment beaucoup moins rationnelle que celle du droit romain; aussi est-il arrivé que la distinction ainsi posée est devenue tout à fait inutile dans l'application.

706. — B. Il n'en est pas, à beaucoup près, ainsi de la distinction des servitudes en continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes; distinction capitale, qui forme, pour ainsi dire, la base de toute la théorie du législateur sur les modes d'acquisition et d'extinction des servitudes, et sur les actions auxquelles elles peuvent donner lieu (art. 690, 691, 692, 707).

Les jurisconsultes romains, qui ont si bien approfondi notre matière, n'en avaient pas néanmoins dégagé ces deux distinctions si importantes; et pourtant, chose remarquable ! c'est dans leurs écrits que les anciens interprètes du droit romain ont cru les découvrir ! Mais la vérité est qu'ils les ont eux-mêmes introduites dans la jurisprudence, en cherchant à concilier des lois romaines qui présentaient des distinctions toutes différentes (Charondas, sur l'article 186 de la cout. de Paris). Il faut

avouer toutefois que les distinctions romaines renfermaient elles-mêmes, en quelque sorte, le germe des distinctions nouvelles qu'on en a fait sortir, et que la classification des servitudes en urbaines et rurales devait tôt ou tard produire la classification des servitudes en continues et discontinues, apparentes et non apparentes. Les servitudes urbaines, en effet, *quæ ædificiis inhærent*, avaient, comme les édifices, une existence continue, indépendante du fait de l'homme, et généralement aussi apparente; tandis que les servitudes rurales étaient, pour la plupart, discontinues et souvent aussi non apparentes, parce qu'elles ne s'exerçaient que par le fait actuel de l'homme : *quia tales sunt servitutes* (*rusticorum prædiorum*) *ut non habeant certam continuamque possessionem* (L. 14, ff. *de Servit.*; comp. Basnage, sur l'article 607 de la cout. de Normandie).

Quoi qu'il en soit, on avait bien compris, dans l'ancien droit français, l'importance de ces distinctions qui avaient même passé dans la rédaction de plusieurs coutumes; et la plupart des auteurs l'ont également enseignée; mais nous devons ajouter pourtant que leurs écrits présentent, sur ce sujet, beaucoup de confusion et d'incertitude, et que souvent, par exemple, la *continuité* et l'*apparence* n'y sont pas, à beaucoup près, suffisamment distinguée l'une de l'autre (comp. Lalaure, *des Servit.*, liv. I, chap. I, et liv. II, chap. II; Davot, t. II, p. 146; Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, section V et VIII).

Aussi, les anciens auteurs, en cet endroit, ne seraient-ils pas toujours des guides bien sûrs; et on peut en trouver une preuve dans un jugement du tribunal civil de Draguignan du 28 décembre 1836 (Lions, Dev., 1838, II, 38).

Le mieux est donc de s'en tenir aux articles de notre Code, qui ont, suivant nous, déterminé, avec beaucoup de clarté, les caractères de ces deux distinctions.

707. — Et d'abord, aux termes de l'article 688 :

« Les servitudes sont continues ou discontinues.

« Les servitudes continues sont celles dont l'usage est « ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel « de l'homme; tels sont les conduites d'eau, les égoûts, « les vues et autres de cette espèce.

« Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin « du fait actuel de l'homme pour être exercées; tels sont « les droits de passage, puisage, pacage et autres sem- « blables. »

On voit, d'après cette définition et ces exemples, que la servitude continue s'exerce, pour ainsi dire, elle-même et toute seule, sans aucun fait de l'homme, pendant son sommeil.

Tandis que, pour la servitude discontinue, l'exercice consiste, au contraire, précisément dans le fait même de l'homme, de telle sorte que le *fait de l'homme* et *l'exercice de la servitude* se confondent et ne font qu'un (comp. Cass., 1er juin 1864, Brenier, Dev., 1864, I, 312).

708. — La servitude continue ne perd pas, bien entendu, son caractère, lors même (ainsi qu'il arrive très-souvent) que le fait de l'homme est nécessaire pour la mettre en état de s'exercer; comme, par exemple, s'il faut établir un aqueduc pour l'écoulement des eaux; car ce n'est pas dans ce fait que consiste l'exercice de la servitude qui, une fois l'ouvrage établi, s'exercera elle-même et toute seule (*voy.* aussi *infra*, n° 710).

709. — Remarquons aussi que la loi n'exige pas, pour que la servitude soit continue, que l'usage en soit continuel; l'article 688 dispose formellement qu'il suffit que l'usage puisse en être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme.

C'est ainsi que la servitude d'égout des eaux pluviales est continue, quoiqu'il ne pleuve pas toujours, *actualiter;* car elle est toujours là, *potentialiter*, toujours en puissance, toujours prête à fonctionner toute seule, sans aucun fait de l'homme, dès qu'il pleuvra.... *quia licet non exerceatur*

semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis. (Cœpolla, tract. I, cap. XIX, n° 2.)

Nos anciens auteurs avaient toutefois donné le nom de servitude *quasi-continue* à celle dont l'usage était susceptible de ces sortes d'intermittences (Cœpolla, *loc. supra;* Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 8); mais notre Code a même supprimé toute différence dans la désignation de ces servitudes, qui offrent également les caractères de la véritable continuité; car ce qu'il exige, ce n'est pas la continuité réelle et de fait, *actualiter*, c'est la possibilité de la continuité, *potentialiter*, comme disait Cœpolla.

710. — Bien plus! lors même que la servitude serait soumise, dans son exercice, à des intermittences, qui ne résulteraient pas de la nature des choses, mais de la convention des parties et de la manière même dont les ouvrages nécessaires à son exercice auraient été disposés, et que le fait de l'homme serait nécessaire pour qu'elle reprît son exercice interrompu, elle n'en aurait pas moins toujours le caractère de continuité, si chaque fois que le fait de l'homme l'aurait remise en état d'être exercée, elle s'exerçait dès lors elle-même et toute seule.

Aussi, faut-il considérer comme continue une conduite d'eau intermittente, et qui ne s'exercerait que par intervalles, alternativement, de deux jours l'un par exemple, ou le jour seulement et non la nuit, etc.; la nécessité où l'homme serait alors de lever la vanne ou l'écluse, ou l'obstacle quelconque qui aurait suspendu l'exercice de la servitude, ne l'empêcherait pas d'être continue.

Car, 1° l'article 688 met au rang de ces espèces de servitudes, les *conduites d'eau* sans distinction; et pourtant le législateur savait bien qu'il en est beaucoup qui ne s'exercent que par intervalles et dans les conditions d'intermittence et de périodicité que nous venons de rappeler;

2° L'obstacle d'ailleurs une fois levé, la servitude

s'exerce sans le fait *actuel* de l'homme; le fait qui consiste à lever cet obstacle, n'est pas ce qui constitue l'exercice même de la servitude, puisqu'il a seulement pour but de procurer cet exercice; et la servitude n'est discontinue que lorsque précisément c'est dans le fait même de l'homme, dans son fait *actuel*, c'est-à-dire persévérant et toujours renouvelé, que consiste l'exercice même de la servitude; de telle sorte que la servitude n'est plus exercée dès le moment où l'homme n'agit plus; or, telle n'est pas du tout l'hypothèse d'une conduite d'eau qui est soumise à la condition de lever une vanne;

Pas plus que d'une servitude de vue qui s'exercerait au moyen d'une fenêtre qui serait garnie de volets qu'il faudrait fermer le soir et ouvrir le matin (comp. Pau, 11 juin 1834, de Cardeillac, D., 1835, II, 83; Cass., 18 avril 1853, Mauriette; Cass., 5 déc. 1855, Singla, Dev., 1856, I, 214, 219; Cass., 24 janv. 1860, de Chardonnet, Dev., 1860, I, 317; Cass., 17 déc. 1861, Compang, Dev., 1863, I, 83; Cass., 19 juillet 1864, Nougarède de Fayet, Dev., 1864, I, 361; Duranton, t. V, n° 492; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 597, note *a;* Pardessus, t. I, n° 28; Zachariæ, t. II, p. 71; Dupret, *Revue de droit français et étranger*, t. III, p. 819).

711. — Nous appliquerons la même solution, et par les mêmes motifs, aux prises d'eau à fin d'arrosage, dont l'exercice exigerait préalablement l'ouverture d'un canal, mais qui, le canal une fois ouvert, s'exerceraient d'elles-mêmes par le seul fait de l'écoulement des eaux.

Seulement, bien entendu, il ne faut pas confondre cette espèce de servitude avec celle de puisage, qui ne s'exercerait que par le fait actuel de l'homme et qui ne serait pas alors évidemment discontinue (art. 688, 2e alinéa; comp. Caen, 18 fév. 1825, Décocquerel, D., 1826, II, 101; Cass., 13 juin 1827, Chôtard, D., 1827, I, 270; Cass., 24 juin 1841, Estienne, Dev., 1841, I, 815; Cass., 28 avril 1846, de Morlac, Dev. 1846, I. 380).

712. — Mais faut-il considérer également comme continue la servitude d'évier ou d'égoût des eaux ménagères?

La même question peut être faite pour la servitude d'égout des eaux industrielles, le plus souvent aussi salies et corrompues, provenant d'une fabrique ou d'une manufacture.

Cette hypothèse est beaucoup plus délicate; et on peut alors, avec une grande force, raisonner ainsi :

La servitude n'est continue qu'autant qu'elle s'exerce elle-même, *natura*, et sans l'intermédiaire du fait de l'homme; et si la manière, dont elle s'exerce, exige au contraire le fait toujours renouvelé de l'homme, elle est nécessairement discontinue; *neque enim habet perpetuam causam quod manu fit* (L. 28, ff., *de Servit.*);

Or, la servitude d'égout des eaux ménagères ou industrielles ne peut s'exercer que par le fait actuel de l'homme; l'évier ou l'égout ne sert alors comme moyen d'écoulement des eaux, qu'autant qu'on en jette et que lorsqu'on en jette;

Donc, le fait de l'homme et l'exercice de la servitude se confondent; donc, la servitude est discontinue (comp. Aix, 31 janv. 1838, Lions, Dev., 1838, I, 948; Rouen, trib. civil, 9 août 1851, Lecœur, Rec. de Caen et de Rouen, 1854, p. 172; Cass., 19 juin 1865, d'Hiersat, Dev., 1865, I, 337; Bordeaux, 31 août 1866, Bauguel, Dev., 1867, II, 136; Duranton, *Consultation* dans Devilleneuve, *loc. supra cit.;* Daviel, *des Cours d'eau*, t. II, n° 710, et t. III, n° 942; Dupret, *Revue de droit français et étranger*, t. III, p. 820; *Observations* de M. Bourguignat, Dev., 1865, *loc. supra cit.*).

Examinons pourtant s'il ne serait pas possible de répondre :

1° Le texte même de l'article 688 range au nombre des servitudes continues *les égouts*, tous les égouts donc sans distinction, de même que toutes les conduites d'eau (*supra*, n° 710).

2° En quoi consiste alors l'exercice de la servitude? dans le fait de l'homme qui jette les eaux? non pas! L'homme jette les eaux pour s'en débarrasser; et jusque-là il n'y a encore aucun acte de servitude sur le fonds voisin; la servitude ne commence que par l'écoulement des eaux; or, cet écoulement s'opère sans le fait de l'homme. L'exercice de la servitude, en effet, consiste dans l'écoulement même des eaux, qui, une fois sur l'évier, s'échappent toutes seules et parviennent d'elles-mêmes à l'héritage servant. Le fait de l'homme est sans doute nécessaire pour que l'eau coule, c'est-à-dire pour que la servitude s'exerce; mais ce fait lui-même n'en constitue pas véritablement l'exercice; car malgré le fait de l'homme, si le conduit était obstrué, la servitude d'écoulement ne s'exercerait pas. On convient que la servitude de prise d'eau serait continue, lors même qu'elle ne pourrait s'exercer que par intervalles très-multipliés, comme, par exemple, d'heure en heure, et qu'il faudrait à chacun de ces intervalles, que l'homme ouvrît une vanne ou une écluse; or, les deux hypothèses ne sont-elles pas semblables? Dans les deux cas sans doute, le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude s'exerce : il faut, dans le premier cas, qu'il lève une écluse; dans le second, qu'il jette des eaux; mais dans l'un comme dans l'autre, l'écluse une fois levée, les eaux une fois jetées sur l'évier, la servitude s'exerce indépendamment de son fait; bien différente assurément des servitudes discontinues, telles que le droit de passage dont il est impossible de concevoir, un seul instant, l'exercice distinct et séparé du fait de l'homme! Et tel était, en effet, le sentiment de Bannelier sur Davot, qui trouvait *trop subtile* la distinction que l'on faisait, d'après la loi 28 au Digeste, *de Servitutibus*, entre *les eaux du ciel et les eaux qui sont jetées par la main de l'homme* (t. II, p. 148, 149). Il est clair d'ailleurs que cette loi du Digeste est aujourd'hui, chez nous, sans autorité, puisqu'elle est

fondée sur le principe que les servitudes doivent avoir une *cause perpétuelle*, principe que notre droit français n'a jamais admis (*supra*, n° 702).

3° Ajoutons enfin que cette servitude d'évier, c'est-à-dire d'égout des eaux corrompues et infectes, est, parmi toutes les servitudes, l'une des plus gênantes et des plus odieuses, et qu'il serait bien extraordinaire que l'on n'y trouvât qu'un acte de pure tolérance de la part du voisin. Il nous est difficile, en effet, d'admettre l'argument employé par le jugement précité du tribunal de Rouen, qui, précisément de ce que *la transmission des eaux sales et ménagères est beaucoup plus incommode que celle des eaux naturelles*, a conclu qu'elle ne devait pas s'acquérir par la prescription. C'est la conséquence toute contraire qu'il faut, suivant nous, en tirer; car l'extrême incommodité de la servitude est exclusive de toute idée de tolérance de la part du voisin. C'est ainsi que M. Troplong considère qu'il y aurait servitude continue, si un boucher établissait une tuerie sur un cours d'eau et y faisait couler, par des ouvrages d'art permanents et visibles, le sang des bestiaux abattus, de telle sorte que les eaux salies par l'immersion de ces matières étrangères ne fussent plus d'aussi bonne qualité pour la teinture des cotons d'une fabrique située en aval (*de la Prescription*, t. I, n° 139).

Au reste, le tribunal civil de Caen a décidé plusieurs fois que la servitude d'évier ou d'égout des eaux ménagères étant continue et apparente, pouvait s'acquérir par la prescription (comp. 23 août 1825, Frilay; 20 janv. 1835, Letot). Et nous pouvons ajouter que la pratique constante, dans le ressort de notre Cour, est que les éviers ou les dalles, qui servent à l'égout des eaux ménagères, sont maintenus sans réclamation, après les partages, entre les différents lots activement et passivement; or, il n'en peut être ainsi que parce que cette servitude est considérée comme continue et apparente ; car nous verrons bientôt que, d'après la jurisprudence de

la Cour de Caen, l'article 692, qui exige que la servitude, pour résulter de la destination du père de famille, soit continue et apparente, que cet article, disons-nous, s'applique précisément aux partages (*infra*, n° 819).

713. — C. Aux termes de l'article 689 :

« Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

« Les servitudes apparentes sont celles qui s'annon-
« cent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte,
« une fenêtre, un aqueduc.

« Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont
« pas de signe extérieur de leur existence, comme, par
« exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou *de ne*
« *bâtir* qu'à une hauteur déterminée[1].»

Les servitudes, que notre Code appelle *apparentes* ou *non apparentes*, étaient autrefois connues sous les dénominations de servitudes *visibles* ou *cachées*, *patentes* ou *latentes* (Merlin, *Rép.*, v° *Serv.*, § 7). L'idée d'ailleurs, malgré ce changement dans les mots, est toujours restée la même; et cette idée est très-simple.

714. — Toutefois, notre article 689, après avoir déclaré d'abord que les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent *par des ouvrages extérieurs*, ajoute ensuite que les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de *signes extérieurs* de leur existence.

Et l'on peut se demander si ces expressions *ouvrages extérieurs* et *signes extérieurs* sont synonymes.

Telle paraît bien avoir été l'intention des rédacteurs (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 71, note 5); mais pourtant les mots *signes extérieurs* offrant une acception plus large, nous croyons qu'il faut s'y arrêter de préférence, d'autant plus que le législateur les a encore

1. La rédaction, prise à la lettre, dirait précisément le contraire de ce que le législateur a voulu dire; il faut donc entendre l'article comme s'il était ainsi conçu : la prohibition de *bâtir* au delà d'une hauteur déterminée.

employés plus bas dans l'article 694 (comp. Bourges, 13 déc. 1825, Guillaume, Sirey, 1826, II, 222; Cass., 8 nov. 1854, Sudre, Dev., 1854, I, 765; Cass., 26 déc. 1865, ville de Perpignan, Dev., 1866, I, 65; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 345).

715. — L'apparence, dont il s'agit, doit exister, bien entendu, relativement au propriétaire du fonds que l'on prétend assujetti à la servitude; car c'est à lui qu'elle doit révéler l'existence de cette servitude, afin qu'il puisse s'y opposer; il ne suffirait donc pas qu'il existât, par quelque côté, un ouvrage extérieur, si cet ouvrage n'était pas visible pour le propriétaire du fonds que l'on voudrait assujettir à la servitude (comp. art. 2229; Caen, 3 juill. 1847, Doré, Dev., 1848, II, 384; Cass., 1er mars 1854, Eyssercq, *le Droit* du 2 mars 1854).

716. — Par suite du même principe, il faut que l'*apparence* de la servitude :

1° N'ait rien de précaire et de passager, et s'annonce par des signes permanents placés à perpétuelle demeure;

2° Qu'elle ne soit pas équivoque (art. 2229), et qu'elle révèle nettement au propriétaire du fonds, sur lequel on prétend l'exercer, le caractère et l'étendue de la servitude.

C'est ainsi, par exemple, qu'une ouverture pratiquée dans un mur peut constituer, suivant les cas, soit un simple jour, soit une vue. Eh bien! il faut que l'*apparence* de l'ouvrage par lequel la servitude se révèle, ne laisse aucun doute sur le caractère et l'étendue du droit que l'on prétend en faire résulter; la forme et les dimensions de l'ouverture, l'existence d'un appui ou d'un balcon, etc., seront, en cas pareil, à prendre en grande considération; mais dans le doute, il faudra se décider dans le sens de la servitude la moins étendue (comp. Solon, n° 10).

717. — On voit par là qu'il n'en est pas de l'*appa-*

rence ou de la *non-apparence*, comme de la *continuité* ou de la *discontinuité*, qui sont des caractères intrinsèques et invariables de telle ou telle servitude. L'apparence ou la non-apparence dépend beaucoup moins de la servitude elle-même que des conditions extérieures d'après lesquelles elle s'exerce. C'est ainsi, par exemple, qu'un droit de passage peut être apparent ou non apparent, suivant qu'il se manifeste par une porte, un chemin tracé, ou par une voie quelconque, ou qu'il n'en existe pas des traces ; et de même un droit de puisage peut se révéler par des tuyaux, par une pompe, ou ne s'annoncer au contraire par aucun signe visible (comp. Cass., 19 juin 1865, D'Hiersat, Dev., 1865, I, 337).

718. — Il importe peu d'ailleurs, quant au point de savoir si la servitude est apparente ou non apparente, que l'ouvrage, qui en manifeste l'existence, soit établi sur le fonds servant ou sur le fonds dominant; c'est ainsi qu'une fenêtre pratiquée dans le bâtiment dominant, est évidemment un signe apparent de servitude (art. 689; comp. *infra*, n° 777; Zachariæ, t. II, p. 72).

719. — Remarquons enfin qu'il est essentiel de ne point confondre l'apparence avec la continuité; d'autant plus que l'on ne s'est pas toujours, peut-être, suffisamment mis en garde contre cette confusion.

Une servitude de passage, qui se manifeste par une porte ou un chemin frayé, est sans doute apparente.

Mais est-ce à dire pour cela qu'elle devienne continue?

On paraît quelquefois le supposer ainsi (comp. Toullier, t. II n°s 622, 623). Et Taulier enseigne même formellement cette proposition (t. II, p. 438, 439).

Il est vrai que la continuité des servitudes provient souvent de la disposition des édifices ou de tout autre ouvrage permanent, tel, par exemple, que le droit de vue, qui se révèle par une fenêtre (*infra*, n° 720); mais il n'est pas moins incontestable qu'il faut soigneusement distin-

guer la continuité de l'apparence; et la doctrine, qui les confondrait, serait évidemment contraire :

1° Au texte même, soit de l'article 688, qui met le droit de passage, dans tous les cas, au nombre des servitudes discontinues; soit de l'article 689, qui ne présente la porte que comme un signe d'apparence;

2° Aux principes essentiels, sur lesquels repose cette double distinction, puisque le droit de passage, lors même qu'il se manifeste par des ouvrages extérieurs, ne consiste toujours que dans le fait actuel et renouvelé de l'homme.

On peut bien soutenir que tels ou tels ouvrages, incorporés dans un fonds, constituent, au profit du propriétaire d'un fonds voisin, un droit de propriété ou de copropriété; et c'est alors une autre question, sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué (*supra*, n° 673).

Mais ce qui est, de tout point, impossible, c'est qu'une servitude discontinue devienne continue, parce qu'elle serait apparente!

La circonstance que le passage aurait été exercé avec une clef, n'y saurait évidemment rien changer non plus (comp. *infra*, n° 771; Cass., 24 nov. 1835, Brauhauban, Dev., 1836, I, 52; Cass., 1er juill. 1845, Gondareau, Dev., 1849, I, 14; Grenoble, 3 févr. 1849, Barbier, Dev., 1849, II, 572; Pardessus, t. II, n° 276; Solon, n° 314).

720. — Ne pourrait-on pas toutefois faire l'objection que voici :

L'article 688 range au nombre des servitudes continues, non-seulement les simples jours qui n'ont pour but que d'éclairer des appartements, mais encore les *vues*, c'est-à-dire les fenêtres, au moyen desquelles l'homme peut regarder et voir à l'extérieur;

Or, pour regarder et pour voir, il faut le fait actuel de l'homme, tout aussi bien que pour passer;

Donc, puisque la circonstance qu'il existe une fenêtre, suffit pour rendre continue la servitude de vue, la cir-

constance qu'il existe une porte ou un chemin tracé, doit suffire aussi pour rendre continue la servitude de passage.

La réponse est bien facile :

C'est qu'à la différence du droit de passage, qui ne consiste que dans le fait même de passer, le droit de vue consiste, ainsi que le dit fort bien Demante, dans l'existence même de l'ouverture qui procure la vue (t. II, n° 544 *bis*). Cette ouverture elle-même devient une manière d'être du bâtiment; et elle constitue, pour lui, absolument une véritable utilité, alors même que l'homme ne s'approche pas de la fenêtre pour regarder au dehors (comp. aussi Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 344).

721. — Il nous reste à faire observer que la servitude apparente ne consiste pas seulement, bien entendu, dans le droit d'établir les ouvrages extérieurs, qui sont destinés à en procurer l'exercice. La servitude n'est apparente, d'après notre article 689, que lorsqu'elle *s'annonce par des ouvrages extérieurs;* ce qui suppose évidemment l'établissement et l'existence actuelle des ouvrages, qui seuls, en effet, constituent cette apparence, d'où la servitude tire son caractère et ses effets (comp. art. 690, 692, 1638).

Lors même donc que le droit de servitude serait constitué, si les ouvrages extérieurs destinés à en procurer l'exercice n'étaient pas encore faits, ou s'ils avaient péri, la servitude, dans cet état, ne serait certainement pas apparente; et on devrait tenir grand compte de cette circonstance pour la solution des difficultés que cette situation pourrait soulever (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 7; Pardessus, t. I, n° 30; *infra*, n°s 992 et suiv.).

722. — D. Notre Code n'a point rappelé une autre division, usitée autrefois, et d'après laquelle on distinguait encore les servitudes en positives ou affirmatives et négatives.

Rigoureusement sans doute, toutes les servitudes sont négatives, en ce sens qu'elles n'obligent jamais le propriétaire du fonds servant à agir lui-même.

Toutefois, on appelle plus spécialement de ce nom les servitudes qui consistent en ce que le propriétaire du fonds assujetti ne peut pas faire certaines choses chez lui, *ut non faciat*, bâtir, par exemple, sans que d'ailleurs le propriétaire du fonds dominant puisse exercer lui-même aucun acte matériel sur le fonds servant.

Tandis que les servitudes positives ou affirmatives autorisent le maître du fonds dominant à agir matériellement sur le fonds servant, à y passer, par exemple, et imposent ainsi au propriétaire de ce fonds l'obligation de souffrir et de tolérer, *ut patiatur* (L. 15, § 1, ff., *de Servit.*).

Cette distinction avait, dans notre ancien droit, une certaine importance, en ce qui concerne l'acquisition et l'extinction des servitudes.

C'est ainsi, par exemple, que la prescription, à l'effet d'acquérir, qui commençait, pour les servitudes affirmatives, du jour où on les avait exercées, ne commençait, pour les servitudes négatives, qu'*après contradition*, comme disaient certaines coutumes, c'est-à-dire qu'à partir seulement de la défense par laquelle le propriétaire d'un fonds avait sommé un propriétaire voisin de ne point exercer telle ou telle faculté sur son propre fonds, comme, par exemple, de ne point bâtir (comp. Dunod, *des Prescript.*, part. III, chap. VI, p. 292; Guy-Coquille, sur l'article 2 de la cout. de Nivernais, tit. *des Maisons et servit. réelles*).

Ces différences n'existeraient plus aujourd'hui chez nous; et voilà pourquoi, sans doute, notre législateur n'a point mentionné une classification, qui n'est plus guère maintenant que de pure théorie (comp. Pardessus, t. I, n° 31; Duranton, t. V, n° 498; Zachariæ, t. II, p. 572).

723. — Les caractères accidentels des servitudes, que nous venons d'exposer, peuvent se combiner ensemble de différentes manières et se trouver tantôt réunis, tantôt séparés.

A cet égard, on peut remarquer que les servitudes apparentes sont souvent aussi continues, comme les vues, les conduites d'eau (art. 688, 689); tandis que les servitudes discontinues peuvent être souvent aussi non apparentes, comme le passage à travers un champ ou un terrain vague; de même encore qu'il est rare que les servitudes négatives ne soient pas, en même temps, continues et non apparentes, telle que la prohibition de bâtir.

En résumé, on peut, dans cette analyse, trouver principalement quatre combinaisons, et distribuer, par suite, les servitudes dans quatre classifications, suivant qu'elles sont :

1° Continues et apparentes, comme un droit de vue qui s'exerce par une fenêtre;

2° Continues et non apparentes, comme la prohibition de bâtir;

3° Apparentes et discontinues, comme un droit de passage qui s'exerce au moyen d'une porte;

4° Discontinues et non apparentes, comme un droit de passage, dont il n'y a pas de trace extérieure, ou encore comme le droit de pacage sur le fonds d'autrui.

SECTION VI.

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

724. — Les servitudes peuvent résulter : 1° d'un titre ; 2° de la prescription; 3° de la destination du père de famille.
725. — Observation générale.
726. — Suite. — Toutes les servitudes, sans distinction, peuvent s'acquérir par titre.
727. — Division.

724. — Les servitudes peuvent résulter principalement des trois causes, savoir :

1° D'un titre;

2° De la prescription;

3° De la destination du père de famille.

Telle est la triple origine que les différents articles de notre Code leur assignent (comp. art. 690 à 695).

725. — Dans ces trois hypothèses sans doute, la servitude dérive toujours du fait de l'homme, c'est-à-dire de la volonté des propriétaires respectifs; seulement la manifestation de cette volonté est, suivant les cas, différente. Tandis qu'elle est formellement déclarée dans l'hypothèse d'un *titre*, elle n'est, au contraire, que présumée ou supposée dans le cas de la destination du père de famille ou de la prescription.

726. — Et voilà précisément ce qui explique pourquoi ces trois modes constitutifs ne s'appliquent pas indistinctement à toutes les servitudes, et pourquoi le titre, sous ce rapport, a beaucoup plus de force et d'étendue que la destination du père de famille et la prescription.

Que toutes les servitudes sans distinction, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes, puissent s'établir par titre (art. 690, 691), cela n'a certes rien de surprenant, puisque le titre, ainsi que nous venons de le dire, c'est la déclaration certaine et *ad hoc* de la volonté des propriétaires.

Mais il n'en est pas ainsi de la destination du père de famille ni surtout de la prescription. Comme alors la volonté est seulement tacite et présumée, il était important de n'attacher cette présomption qu'à des circonstances caractéristiques, exclusives de toute idée de simple tolérance et de familiarité. Aussi verrons-nous qu'il n'y a effectivement que les servitudes continues et apparentes qui puissent s'acquérir par la prescription, c'est-à-dire celles-là seulement qui supposent, de la part des propriétaires, la volonté d'établir, activement et passi-

vement, de véritables servitudes (art. 690; ajout. art. 692).

727. — Nous allons nous occuper successivement de chacun de ces trois modes d'établissement des servitudes.

§ I.

De l'établissement des servitudes par titre.

SOMMAIRE.

728. — Division.

728. — Trois points principaux seront ici l'objet de notre examen :

1° Quelles doivent être les conditions, intrinsèques et extrinsèques, du titre constitutif de la servitude;

2° Par qui la servitude peut-elle être imposée?

3° Par qui elle peut être acquise?

N° 1.

Quelles doivent être les conditions intrinsèques et extrinsèques du titre constitutif de la servitude?

SOMMAIRE.

729. — Toutes les servitudes peuvent s'établir par titre; et l'on entend ici par titre la cause efficiente de la servitude, et non pas un acte écrit.
730. — Suite.
731. — Est-il nécessaire que la servitude soit décrite et détaillée, d'une manière complète, dans l'acte constitutif?
732. — Les jugements peuvent-ils être considérés comme des titres constitutifs de servitudes?
733. — Tout acte entre-vifs constitutif de servitude est soumis à la transcription, en vertu de la loi du 23 mars 1845.

729. — D'après l'article 690, « les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre... ; » et l'article 691 ajoute que : « les servitudes continues non « apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes « ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre. »

Il nous paraît évident que le mot *titre*, dans ces deux

articles, signifie la cause efficiente du droit et le principe générateur de la servitude.

Cette cause peut être :

Soit un contrat intéressé et commutatif, vente, échange, transaction, partage, etc. ;

Soit une libéralité, entre-vifs ou par testament (article 711).

Il est vrai que ce mot *titre* a encore une autre acception très-fréquente et même beaucoup plus usitée dans la pratique, où on l'emploie presque toujours pour désigner l'acte écrit, *instrumentum*, qui est destiné à constater le *titre*, c'est-à-dire la cause efficiente et interne du droit lui-même; et c'est dans cette acception, en effet, qu'il est employé dans plusieurs articles du Code (art. 1317, 1348, etc.), et particulièrement dans l'article 695 de notre titre (*voy.* notre tome IX, n° 597).

Mais tel ne saurait être le sens du mot *titre*, dans les articles 690 et 691; et quoique Pardessus ait enseigné que *par ce mot, il faut entendre tous documents écrits propres à constater l'établissement des servitudes* (t. II, n°s 242, 243), nous n'hésitons pas à décider, au contraire, que le Code emploie, dans les articles 690 et 691, cette expression dans son sens technique et scientifique, pour indiquer le principe générateur du droit, *radix et fundamentum juris* (Lecoq, *des Actions*, part. I, n° 1).

730. — Si, en effet, on entendait ici cette expression *titre*, dans le sens d'acte écrit, il en résulterait que les servitudes ne pourraient être établies que par écrit; or, une telle proposition ne serait certainement pas admissible.

Les servitudes sont des démembrements de la propriété des immeubles; et elles sont, en ce qui concerne les différents modes d'aliénation, soit par conventions, soit par libéralités entre-vifs ou testamentaires, régies par le droit commun.

De là cette double conséquence :

1° Qu'elles ne peuvent être constituées à titre gratuit, entre-vifs ou par testament, que suivant les formes requises pour la donation entre-vifs et pour le testament, c'est-à-dire alors par des actes écrits (articles 893, 894, 895);

2° Qu'elles peuvent être, au contraire, constituées à titre onéreux sans acte écrit et verbalement, dans tous les cas où la loi n'exige pas un acte écrit pour la mutation d'un droit immobilier. Il est vrai que si la convention verbale est déniée, la preuve par témoins ou par présomptions en sera le plus souvent impossible, d'après les articles 1341 et 1353. Mais autre chose est la convention elle-même; autre chose, la difficulté de la preuve; preuve d'ailleurs, qui pourrait, suivant les cas, résulter :

Soit de l'aveu de la partie et de l'interrogatoire sur faits et articles;

Soit de la délation du serment;

Soit même de la preuve testimoniale, s'il y avait un commencement de preuve par écrit, ou si le titre avait été détruit par force majeure (art. 1347, 1348; Bourges, 7 janv. 1829, Jouffroy, Sirey, 1829, II, 277; Cass., 16 nov. 1829, Ponroy, D., 1829, I, 408; Paris, 14 juin 1843, Huet, Dev., 1843, II, 336; Cass., 16 déc. 1863, Peynaud, Dev., 1864, I, 125; Demante, t. II, n° 545 *bis;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 346; Solon, n° 379; ajout. Pardessus, t. II, n° 269);

Sous la réserve, toutefois, du droit des tiers, ainsi que nous l'expliquerons plus tard (art. 1322, 1328; comp. Cass., 28 juillet 1858, Leperlier, Dev., 1858, I, 792).

731. — Plusieurs de nos anciennes coutumes paraissaient exiger, pour la validité de la constitution des servitudes par titre, que les servitudes ainsi constituées fussent décrites, d'une manière complète et détaillée, dans le titre même :

« .... *Et les faut nommément et spécialement déclarer*

tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, que espèce de servitude, et par escrit; autrement, toutes constitutions générales de servitudes, sans les déclarer comme dessus, ne valent. » (Cout d'Orléans, art. 227; et Pothier, sur cet article; Calais, art. 203; Paris, art. 215; *voy.* toutefois Lalaure, liv. III, chap. x; Goupy sur Desgodets, art. 215 de la cout. de Paris.)

On ne saurait nier que cette disposition ne fût empreinte d'une certaine sagesse; car c'est surtout dans l'exécution, dans les détails de l'exécution, que les servitudes deviennent souvent des sources de difficultés et de procès. Aussi conseillerons-nous toujours aux parties de préciser et de détailler nettement l'espèce de servitude qu'elles entendent constituer, et les différentes conditions de son établissement et de son exercice.

Mais il nous paraîtrait toutefois impossible de déclarer nul, comme on le faisait autrefois, l'acte qui manquerait de ces énonciations, puisque nous venons de reconnaître qu'un acte écrit n'est pas même nécessaire pour l'établissement des servitudes (*supra*, n° 729). Il suffit donc aujourd'hui légalement que l'acte contienne l'indication d'une servitude susceptible d'être déterminée, par application de l'article 1129 (comp. *supra*, n° 577; Solon, n° 374; *voy.* aussi Cass., 26 janv. 1858, Frichot, Dev., 1859, I, 73).

732. — Le titre, c'est-à-dire la cause efficiente de la servitude, peut être, ainsi que nous l'avons déjà dit, intéressé ou gratuit, soit vente, échange, partage, etc., soit donation entre-vifs ou testament (comp. L. 80, § 1, ff., *De contrah. empt.*; L. 34, 35 ff., *de Servit. præd. urb.*; L. 84, § 4, ff., *De legat. et fidei.* 1°).

Quelques jurisconsultes ajoutent que les jugements peuvent aussi être considérés comme des titres constitutifs de servitudes.

« Quelquefois, dit Pardessus, les jugements créent et constituent des servitudes qui n'existaient point encore;

tels sont les cas où un partage est fait en justice, soit entre des cohéritiers, soit entre des copropriétaires; ou par suite, soit d'une licitation, soit d'une expropriation forcée, un ou plusieurs corps de domaines sont vendus par lots, dont les uns sont grevés envers les autres. » (T. II, n° 273; ajout. Solon, n° 366; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 346).

La proposition ainsi formulée ne nous semble pas tout à fait exacte.

La vérité est que les jugements de l'espèce, dont il s'agit, ne sont autre chose que de véritables contrats, pour lesquels seulement la loi exige l'intervention judiciaire; mais finalement, lorsque, par suite des clauses d'une adjudication d'immeubles vendus ou licités en justice, des servitudes sont constituées, ces servitudes dérivent, en réalité de la convention des parties (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n°s 658, 659; Chabot, *des Success.*, sur l'article 827; Zachariæ, t. II, p. 73; Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. I, n° 117).

735. — Tous les auteurs avaient enseigné, jusque dans ces derniers temps, que le titre constitutif de la servitude n'est pas soumis à la nécessité de la transcription, puisque, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le Code n'y soumet pas même les aliénations de la propriété des immeubles, et que s'il s'agit d'une donation entre-vifs, il n'y soumet, par l'article 939, que la donation des biens susceptibles d'hypothèque.

Cette doctrine était alors, en effet, très-exacte; mais, la loi nouvelle du 23 mars 1855 exige, au contraire, pour la constitution des servitudes, que le titre soit transcrit :

Article 2 : « Sont également transcrits :

« 1° Tout acte (entre-vifs[1]) constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ;

1 *Voyez* l'article 1 de la même loi.

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ;

« Tout jugement, qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale. »

L'utilité de la transcription se comprend très-bien en ce qui concerne les servitudes discontinues ou non apparentes.

Mais il faut avouer qu'elle se fait moins sentir relativement aux servitudes continues et apparentes, qui sont constitutives de l'état des lieux et qui forment la manière d'être des héritages, ou même relativement aux servitudes seulement apparentes, dont l'existence se révèle si bien d'elle-même, qu'elles ne donnent lieu à aucun recours en garantie contre le vendeur (art. 1638). C'est pour cela aussi qu'autrefois le décret ne purgeait pas les servitudes visibles (comp. Pothier. *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 21).

Mais le texte de la loi nouvelle est général ; aussi dans le substantiel commentaire qu'il vient d'en publier, notre ancien disciple et excellent ami, M. Lemarcis, pense-t-il qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les servitudes apparentes ou non apparentes, continues ou discontinues : « Le législateur, dit-il, a reculé devant les embarras de distinctions et de divisions, qu'il était impossible de formuler d'une manière nette et précise. » (Comm. de la loi de la transcription, p. 19 ; ajout. aussi Rivière et François, explic. de la loi du 23 mars 1855, n° 25 ; Mourlon, *Traité* précité, t. I, n°s 105-119.)

N° 2.

Par qui la servitude peut-elle être imposée ?

SOMMAIRE.

734. — Il faut que celui qui constitue la servitude soit propriétaire et qu'il ait la capacité d'aliéner.

735. — D'abord, il faut qu'il soit propriétaire. — De la servitude constituée par le simple possesseur.

736. — De la servitude consentie par l'usufruitier.
737. — Par l'emphytéote.
738. — Suite.
739. — De la servitude constituée par le nu-propriétaire.
740. — De la servitude constituée par le nu-propriétaire et par l'usufruitier d'accord.
741. — Par un grevé de substitution.
742. — Quel est l'effet d'une constitution de servitude par l'un des copropriétaires sur l'immeuble indivis sans le consentement des autres?
743. — Suite.
744. — Chacun des propriétaires des différents étages d'une maison peut-il imposer des servitudes sur son étage?
745. — De la servitude consentie par celui dont la propriété est résoluble ou rescindable.
746. — La servitude peut être consentie par le propriétaire lui-même ou par son représentant. — Quels sont les représentants ayant qualité à cet effet?
747. — La circonstance qu'un héritage est déjà grevé de servitudes empêche-t-elle le propriétaire d'y établir des servitudes nouvelles?
748. — L'existence d'hypothèques sur un immeuble n'empêche pas le propriétaire de cet immeuble de le grever de servitudes. — Mais quels sont alors les droits des créanciers hypothécaires?
749. — Suite.
750. — Suite.
751. — Suite. — Conclusion.
752. — La servitude peut être prouvée par le titre primordial ou par un titre récognitif; mais le titre récognitif, aussi bien que le titre primordial, doit émaner du propriétaire du fonds assujetti?
752 *bis*. — Suite.
753. — Suite. — Devrait-on néanmoins admettre aujourd'hui l'exception résultant de l'ancienne maxime : *in antiquis enunciativa probant?*
754. — L'article 695 n'est pas d'une rédaction irréprochable. — Première observation sur cette rédaction.
755. — Seconde observation.
756. — L'article 2263 est-il applicable en matière de servitudes? et le propriétaire du fonds dominant peut-il exiger, tous les vingt-huit ans, un titre nouveau, aux frais du propriétaire du fonds servant?
757. — Faut-il appliquer aux titres récognitifs des servitudes la disposition de l'article 1337?
757 *bis*. — Est-il nécessaire que le propriétaire du fonds prétendu dominant ait été partie dans l'acte par lequel le propriétaire du fonds prétendu servant a reconnu l'existence de la servitude?

734. — Les servitudes étant des démembrements de la propriété immobilière, il s'ensuit qu'il faut, en général, pour la constitution d'une servitude, les mêmes conditions de validité que pour l'aliénation d'un immeuble.

En d'autres termes, il faut que le constituant soit propriétaire et qu'il ait la capacité d'aliéner soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, suivant le caractère de la constitution.

735. — Que le constituant doive être propriétaire de l'héritage sur lequel la servitude est établie, cela est d'évidence; car on ne peut pas disposer de la chose d'autrui; aussi n'est-ce, en effet, qu'*aux propriétaires* et *sur leurs propriétés*, que l'article 686 permet de constituer des servitudes.

Le simple possesseur, fût-il même de bonne foi, ne pourrait donc pas imposer sur le fonds qu'il détient, des servitudes opposables au véritable maître, après sa revendication; le sentiment contraire de Cœpolla ne saurait certainement être admis (tract. I, cap. XIV, n° 1; *voy.* à ce sujet notre tome II, n°s 235 et suiv.).

736. — Il en est de même de l'usufruitier, qui n'a pas le droit de disposer de la chose, *abusus*, mais, seulement celui d'en jouir, *usus fructus* (L. 15, § 7, ff., *de Usufr.*).

Toutefois, nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à ce que l'usufruitier concédât au propriétaire d'un héritage voisin, sur l'héritage soumis à son usufruit, un droit de la nature des servitudes, de passage, de puisage ou autre, pendant la durée de son usufruit, *durante usufructu*, comme dit Cœpolla (*loc. supra. cit.*, n° 12) sous la condition, bien entendu, que cette concession n'excéderait pas la mesure de son droit personnel de jouissance, et qu'il n'en résulterait pas, pour l'immeuble, un changement quelconque, qu'il ne lui serait pas permis d'y apporter (comp. Lalaure, liv. I, chap. VI; Pardessus, t. II, n° 247; Toullier, t. II, n° 567; Duranton, t. V, n° 541; Demante, t. II, n° 541 *bis*, V; Taulier, t. II, p. 433).

737. — La même solution serait applicable à l'emphytéote, *durante emphyteusi*, dit encore Cœpolla (*loc.*

supra, n° 2), en ce sens que les servitudes par lui concédées ne seraient pas opposables au propriétaire, après l'expiration de l'emphytéose (comp. Duranton, t. V, n° 542).

738. — Si l'usufruitier et l'emphytéote devenaient eux-mêmes pleins propriétaires, la servitude qu'ils auraient consentie, se trouverait-elle ainsi consolidée elle-même d'une manière perpétuelle?

C'est là seulement une question de fait et d'interprétation :

Oui, s'il résulte du titre et des circonstances du fait que l'usufruitier et l'emphytéote ont entendu consentir la servitude, non pas temporairement, en leur simple qualité, mais pour toujours;

Non, s'ils n'ont, au contraire, concédé qu'un droit temporaire qui, dans la pensée des parties, ne devait durer qu'autant que l'usufruit et l'emphytéose.

739. — Le nu-propriétaire, de son côté, ne peut grever de servitude le fonds soumis à l'usufruit, en tant du moins que la servitude serait de nature à nuire aux droits de l'usufruitier (arg. de l'article 599; *voy.* notre tome X, n° 659).

740. — Mais il est évident que rien ne s'oppose à ce que le nu-propriétaire et l'usufruitier, ensemble et d'accord, imposent au fonds telles servitudes que bon leur semble.

La décision contraire d'Ulpien, qui peut à peine s'expliquer par la rigoureuse subtilité des principes romains en matière de servitudes, ne serait pas aujourd'hui proposable (comp. L. 15, § 7, ff, *de Usufr. et quemadm.*).

741. — Qu'un grevé de substitution puisse établir une servitude sur les immeubles qu'il est chargé de conserver et de rendre, nous le pensons; car il est propriétaire, quoique seulement sous condition (comp. Pardessus, t. II, n° 247).

742. — L'un des copropriétaires indivis d'un im-

meuble ne peut pas évidemment, sans le consentement des autres copropriétaires, grever de servitudes l'immeuble commun, même au profit d'un autre immeuble dont il serait propriétaire exclusif; car, pour la part des autres, il n'est pas propriétaire (art. 686; L. 2, ff. *de Servit.;* Caen, 28 nov. 1854. Nourry, et 2 mars 1857, Poisson, *Rec. de Caen*, t. XVIII, p. 321, et t. XXI, p. 65).

Mais ce n'est pas à dire pourtant qu'il faille considérer comme nulle la constitution d'une servitude, qui n'aurait été consentie que par l'un des copropriétaires indivis. La vérité est que l'effet en est seulement suspendu et paralysé par le droit des autres copropriétaires.

De là les conséquences suivantes :

1° Cette constitution devient, de tout point, valable et doit recevoir sa complète exécution, lorsque les autres copropriétaires, leurs héritiers ou représentants légaux quelconques, y ont consenti eux-mêmes; et il importe peu qu'ils y consentent en même temps ou séparément; les distinctions, que les anciens docteurs ont proposées sur ce point, étaient, suivant nous, plus subtiles que raisonnables (comp. L. 11 et L. 18, ff., *Comm. præd.; Joan superior ad leg.* 10, ff., *de Servit.*, n° 3; Guy-Pape, quest. 59, p. 172);

2° Avant même toute adhésion de la part des autres celui des copropriétaires qui a constitué la servitude, ne peut pas s'opposer personnellement à son exercice (L. 11, ff., *Comm. præd.;* art. 1134, C. Nap.; Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 6; Pardessus, t. II, n° 251; Duranton, t. V, n° 544);

3° Il devrait même, sous peine de dommages-intérêts, obtenir la ratification de ses copropriétaires, s'il en avait pris l'engagement (art. 1120);

4° Enfin, dans tous les cas, si, par l'effet d'un partage, d'une licitation ou autrement, il devenait seul propriétaire de l'immeuble, sur lequel il a constitué une servitude, il serait tenu d'en procurer la jouissance à l'acqué-

reur (comp. *infra*, n°s 761 et 1038; Dumoulin, *Tract. sexd. leg.*, n° 15; Toullier, t. II, n° 573; Pardessus, t. II, n° 253).

743. — Ce que nous venons de dire prouve assez que l'un des copropriétaires indivis peut constituer une servitude sur l'immeuble commun *pour sa part* (comp. Dumoulin, *loc. supra cit.*, n° 16; Toullier, t. II, n° 573; Demante, t. II, n° 541 *bis*, V).

Et, dans ce cas, le consentement ou la ratification de ses copropriétaires n'est pas nécessaire pour que la constitution, telle qu'elle a eu lieu, soit parfaitement valable.

Sans doute, pendant l'indivision, l'exercice de la servitude ne pourra pas avoir lieu, puisque la part du constituant n'est pas encore déterminée.

Mais après le partage ou la licitation, rien n'y fera plus obstacle; et alors, si c'est le constituant qui est devenu seul propriétaire de la totalité de l'immeuble, la question de savoir si la servitude doit être exercée sur l'immeuble entier ou seulement sur la part, qui, pendant l'indivision, appartenait au constituant, cette question devra être résolue, d'après les termes de l'acte, l'intention des parties, et surtout d'après la nature de la servitude, suivant qu'elle pourrait ou ne pourrait pas être exercée sur l'une des parties seulement du fonds (comp. Pardessus, t. II, n° 254).

744. — Les solutions qui précèdent ne concernent d'ailleurs que l'hypothèse de l'indivision.

Elles ne seraient donc pas applicables au cas où les différents étages d'une maison appartiendraient séparément à différents propriétaires; chacun alors pourrait imposer dès actuellement, sur sa part, des servitudes, s'il n'en résultait aucune atteinte aux droits des propriétaires des autres portions de l'immeuble; car, dans cette hypothèse, la part de chacun, comme disait fort élégamment le jurisconsulte Ulpien, *non est pars fundi, sed*

fundus (L. 6, § 1, ff., *Comm. præd.;* Pardessus, t. II, n° 250).

745. — Que celui dont la propriété est conditionnelle, résoluble ou sujette à rescision, puisse consentir une servitude soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision, ce n'est là qu'une application toute naturelle du droit commun (art. 2125; *infra,* n°s 1048 et suiv.; Cœpolla, tract. I, cap. XIV, n° 9; Pardessus, t. II, n° 247).

746. — Il importe peu d'ailleurs que la servitude soit consentie par le propriétaire lui-même ou par son représentant, soit légal, soit conventionnel, dès que celui-ci en a le pouvoir.

Mais on ne saurait reconnaître un pareil pouvoir aux simples administrateurs conventionnels (art. 1988) et légaux, tels que le mari à l'égard des biens personnels de sa femme (art. 1428), ou l'envoyé provisoire à l'égard des biens de l'absent (art. 128).

747. — La circonstance que l'héritage est déjà grevé de servitudes, n'empêche pas le propriétaire de constituer encore sur cet héritage des servitudes nouvelles, soit d'une autre espèce, soit de la même espèce, pour être exercées en même temps ou séparément, soit par des endroits différents, soit par le même endroit.

C'est ainsi que le propriétaire, qui a concédé à quelqu'un un droit de passage sur un lieu déterminé de son fonds, ou le droit de puisage à sa fontaine, peut encore concéder les mêmes droits à d'autres voisins, *pluribus aliis.... quot vellet.... per eumdem locum* (L. 15, ff., *Com. præd.;* L. 2, § 1 et 2, ff., *de Servit. præd. rust.;* L. 4, *De aqua quot. et æstiv.*).

Hâtons-nous toutefois d'ajouter que cette proposition doit être entendue avec une restriction importante, à savoir : que les servitudes nouvelles ne préjudicieront pas aux droits résultant des servitudes déjà antérieurement acquises; car, aux termes de l'article 701, le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien

faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode; et la servitude, une fois établie, constitue effectivement un droit réel, désormais indépendant de celui qui l'a concédé. C'est donc fort justement que Pomponius remarque que si j'ai accordé à quelqu'un *viam per quem locum*, je ne puis accorder à un autre *per eumdem locum, aquæductum.*

Dans quels cas la nouvelle servitude sera-t-elle compatible avec la servitude antérieure? c'est là une question de fait; remarquons seulement que s'il n'en résultait qu'un certain embarras, les tribunaux pourraient, à défaut d'accord entre les parties, régler le mode de jouissance des propriétaires des fonds dominants (L. 4, ff., *De aqua quot. et æstiv.*; L. 14, ff., *de Servit. præd. rust.*; Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 7; Toullier, t. I, n° 572; Solon, n°s 431, 444; Zachariæ, t. II, p. 73; *voy.* aussi *supra*, n° 86).

748. — On a pu dire également avec vérité que l'existence d'hypothèques sur un immeuble n'empêche pas le propriétaire de cet immeuble de le grever de servitudes; car l'hypothèque n'enlève au maître du fonds, qui en est frappé, ni la propriété, ni le droit de disposition (L. 205, ff. *De reg. juris*).

Toutefois, il est évident que la constitution d'une servitude ne saurait nuire aux créanciers hypothécaires, et que le débiteur ou le tiers détenteur, qui ne pourrait pas aliéner la propriété, de manière à leur causer préjudice (art. 2166, 2181, etc.), ne peut pas davantage en aliéner les démembrements; autrement l'hypothèque ne serait plus qu'un vain gage! Il est, en effet, telle servitude, celle, par exemple, de ne point bâtir sur un terrain situé dans une ville, qui pourrait enlever à ce terrain la plus notable partie de sa valeur.

Aussi, la règle est-elle bien certaine; et ce n'est que sur le mode d'exécution que les opinions se divisent.

Dirons-nous, avec quelques jurisconsultes, que l'ac-

quéreur d'une servitude pourra la purger des hypothèques, en faisant transcrire son titre et en le notifiant aux créanciers inscrits, avec l'offre de son prix, sauf aux créanciers, si la somme offerte est insuffisante et au-dessous de la valeur réelle de la servitude, à faire ordonner, au moyen d'une expertise, l'estimation de cette servitude? (Delvincourt, t. III, p. 172, note 1; Persil, sur l'article 2166, n° 5; Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Hypoth.*, p. 331.)

Il ne suffit pas, suivant nous, de répondre, comme Pardessus, qu'il est incertain si, dans le silence de la loi, les tribunaux pourraient ordonner la fixation par experts du véritable prix de la concession, afin que l'acquéreur le rapporte et que les créanciers se le distribuent par ordre d'hypothèques (t. II, n° 245).

Il est, au contraire, à notre avis, très-certain que les créanciers hypothécaires ne sont pas tenus de courir les chances de cette expertise (*voy.* pourtant un article de M. Labbé, dans la *Revue critique de législation*, 1856, t. VIII, p. 231, 232). L'offre de son prix par l'acquéreur de la servitude supposerait que cette servitude elle-même est l'objet de l'hypothèque et du droit de suite; or, il n'en est absolument rien! La servitude, par elle-même, isolément du fonds, n'est pas susceptible d'hypothèque, par la très-bonne raison qu'elle n'est pas susceptible d'expropriation forcée, ni d'une adjudication aux enchères publiques! (*Supra*, n° 670).

749. — Le véritable droit des créanciers hypothécaires nous paraît être de faire vendre l'immeuble, sans avoir égard à la servitude et comme si elle n'avait pas été constituée.

A cet effet, ils devront mettre en cause, soit dans le cas d'expropriation forcée, soit dans le cas de surenchère après vente volontaire, l'acquéreur de la servitude, afin de faire décider, contre lui, que l'immeuble qui fait leur gage, sera vendu sans la charge de la servitude.

On convient généralement qu'il ne sera pas nécessaire,

pour cela, que les créanciers fournissent contre l'acquéreur de la servitude la preuve de sa fraude, c'est-à-dire qu'il a eu l'intention, *consilium*, de leur faire tort.

Mais la plupart des auteurs enseignent que du moins il faudra qu'il soit établi que la servitude cause un préjudice aux créanciers et qu'elle les expose, par la diminution de leur gage, à n'être pas intégralement payés. M. Troplong, par suite de cette idée qu'on ne peut savoir qu'après la vente de l'immeuble, si la servitude a nui ou non aux créanciers, a été même jusqu'à dire que l'immeuble devra être vendu avec la charge de la servitude, sauf aux créanciers, en cas de préjudice, à se faire indemniser, soit par le tiers détenteur, soit par l'acquéreur de la servitude! (*Des Hypoth.*, t. III, n° 843 *bis*.)

Et s'ils sont insolvables!

Nous ne croyons pas qu'on puisse exposer les créanciers à de telles chances. Aux termes de l'article 2175, les tiers détenteurs sont responsables envers les créanciers hypothécaires, des détériorations qu'ils ont causées à l'immeuble hypothéqué; or, on peut très-bien, ou plutôt même on doit, d'après l'esprit essentiel de cet article, assimiler à un tiers détenteur, celui qui a acquis une servitude sur un immeuble hypothéqué, et qui a dû savoir qu'il ne pouvait, pas plus que le débiteur lui-même, diminuer ou altérer le gage des créanciers. Si l'acquéreur, prétend que la servitude ne causera pas de préjudice aux créanciers, eh bien! qu'il les paye et qu'il se mette lui-même à leur place! (Comp. Toullier, t. II, n° 571; Zachariæ, t. II, p. 74; Solon, n°s 359, 363; Duranton, t. V, n°s 546, 547.)

750. — Il est bien entendu que les créanciers hypothécaires pourraient aussi, suivant les circonstances, invoquer contre leur débiteur les articles 1188 et 2131 et soutenir qu'il est déchu du bénéfice du terme pour avoir diminué leurs sûretés.

751. — Remarquons aussi que les principes que nous

venons d'exposer, s'appliquent à toutes les hypothèques, non-seulement donc à celles qui sont inscrites, mais encore à celles que la loi dispense d'inscription.

Nous reviendrons, au reste, avec plus de détails, sur ce sujet, dans le Titre *des Priviléges et Hypothèques.*

752. — L'existence du titre, c'est-à-dire de la cause efficiente de la servitude, peut être prouvée soit par l'acte constitutif ou primordial, soit par un acte récognitif.

Mais remarquons bien que l'acte récognitif, aussi bien que l'acte primordial, ne peut être consenti que par celui qui est propriétaire du fonds asservi.

Et voilà précisément ce que déclare l'article 695 en ces termes :

« Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles « qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut « être remplacé que par un titre récognitif de la servi- « tude *et émané du propriétaire du fonds asservi.* »

Vainement donc, votre titre, à vous, ou ceux de vos auteurs énonceraient que votre héritage a un droit de servitude sur le mien ; ces titres, qui me sont étrangers, ne pourraient établir à votre profit des servitudes ; *car on ne peut pas*, disait Pothier, *se faire des titres à soi-même* (*Introd. au tit.* XIII *de la coutume d'Orléans*, n° 12).

752 *bis.* — Peu importe d'ailleurs que le titre constitutif de la servitude émane du propriétaire actuel du fonds assujetti ou des précédents propriétaires, ses auteurs (*supra*, n° 670 ; comp., Pau, 7 mars 1864, comm. de Malaussame, Dev., 1864, II, 49).

Remarquons seulement que, conformément au droit commun en matière de preuves, un acte constitutif de servitude, sous seing privé, qui n'aurait pas acquis date certaine, ne pourrait pas être déclaré obligatoire vis-à-vis du tiers détenteur de l'immeuble (art. 1328 ; arg. de l'article 1743 ; comp. Cass., 28 juill. 1858, Laparlier,

Gazette des Tribunaux du 29 juill. 1858; Cass. 16 déc. 1863, Peynaud, Dev., 1864, I, 125).

753. — La règle que nous venons de poser, doit-elle admettre encore aujourd'hui l'exception que nos anciens auteurs y faisaient, en vertu de la maxime, *in antiquis enuntiativa probant?*

Cette exception était certaine autrefois ; et voici comment Pothier lui-même s'en expliquait :

« Quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très-longtemps une vue sur la maison voisine, et que dans les anciens contrats d'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats. » (*Traité des obligations,* n° 740; ajout. Bourjon, t. II, p. 2, n° 2; Denisart, v° *Servitudes;* Favre, *C. de Probat.*, def. 6, p. 303.)

On exigeait donc, pour cela, que le titre fût ancien, c'est-à-dire qu'il eût au moins plus de quarante ans, et qu'il fût soutenu de la possession.

Sous notre droit nouveau, la question n'aurait pas d'intérêt relativement aux servitudes continues et apparentes, telles qu'un droit de vue, qui peuvent s'acquérir par la seule possession de trente ans; mais elle peut être encore fort importante à l'égard des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes.

Nous ne croyons pas toutefois que cette exception soit aujourd'hui admissible :

1° D'après les articles 691 et 695, la preuve de l'existence des servitudes qui ne sont pas susceptibles de s'acquérir par la prescription, ne peut résulter que d'un titre émané du propriétaire du fonds assujetti ; telle est la règle absolue de notre droit nouveau, qui n'y admet, en effet, aucune exception.

2° L'article 1320 ne donne la force de commencement de preuve aux énonciations des actes qu'*entre les* parties.

3° Enfin, l'exception que l'on faisait autrefois, en vertu de la maxime : *in antiquis,* etc., n'était qu'une simple présomption; or, d'après l'article 1353, les juges ne peuvent aujourd'hui admettre les présomptions que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (comp. Bordeaux, 28 mai 1834, Boyer, Dev., 1834, II, 554, Toullier, t. VIII, n° 165; Pardessus, t. II, n° 268; Solon, n°s 370, 371; Zachariæ, t. II, p. 63).

754. — L'article 695, que nous venons de citer, n'est pas, à beaucoup près, conçu d'une manière irréprochable; et il ne faudrait pas en induire toutes les conséquences, que la forme de sa rédaction semblerait comporter.

Et d'abord, notre article dispose que le titre constitutif de la servitude, *à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription,* ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

Est-ce à dire qu'à l'égard des servitudes, qui *peuvent s'acquérir par la prescription,* le titre constitutif puisse être remplacé autrement que par un acte récognitif, ou qui ne serait pas émané du propriétaire du fonds asservi?

Non, sans doute! et si l'article 695 s'occupe spécialement des servitudes imprescriptibles, c'est qu'à l'égard des servitudes prescriptibles, la possession trentenaire tient lieu de titre, en ce sens qu'elle dispense d'en représenter un, puisqu'elle peut être prouvée par tous les moyens, même par la preuve testimoniale; tandis qu'à l'égard des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, la possession, bien entendu, ne servirait à rien sans titre!

755. — En second lieu, l'article 695 dispose que le titre constitutif de la servitude.... *ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude.*

Est-ce à dire que la preuve de l'existence de la servitude ne pourrait, à défaut d'un titre constitutif, c'est-à-dire d'un acte écrit, résulter encore :

1° De l'aveu de la partie (art. 1354);

2° Du refus de serment de sa part, ou du serment prêté par son adversaire (art. 1358);

3° De la preuve par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit (art. 1347);

4° Enfin, dans tous les cas, de la preuve par témoins, si le titre constitutif avait été perdu ou détruit par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure? (Art. 1348, n° 4.)

Non, sans doute; et la formule de la rédaction a été évidemment encore, sous ce point de vue, au delà de la pensée du législateur, qui a voulu dire seulement qu'en règle générale, ces sortes de servitudes devaient être prouvées par des actes écrits (comp. *supra*, n° 730; Duranton, t. V, n° 565; Demante, t. II, n° 550 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 355).

756. — D'après l'article 2263 :

« Après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le « débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses « frais, un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants « cause. »

Cette disposition doit-elle être appliquée aux servitudes? et le propriétaire du fond dominant peut-il exiger, tous les vingt-huit ans, un titre nouvel aux frais du propriétaire du fonds servant?

Nous ne le croyons pas :

1° Parce qu'aucun texte semblable à l'article 2263 ne lui confère ce droit;

2° Parce que les motifs, sur lesquels l'article 2263 est fondé, n'existent pas non plus en matière de servitudes. Le titre constitutif d'une rente, en effet, pourrait, au bout de trente ans, se trouver atteint par le moyen de la prescription, lors même que le créancier en aurait perçu les

arrérages depuis moins de trente ans; car les quittances sous seing privé, qu'il est d'usage d'en donner, restent aux mains du débiteur; à moins d'en retirer des contre-quittances ou de ne donner les quittances que par acte public (ce qui serait contraire à la pratique universelle), le créancier serait exposé à n'avoir plus entre ses mains, après trente ans, qu'un titre susceptible d'être repoussé par la prescription. Il n'en est pas ainsi des servitudes; le titre primordial, quelle que soit son ancienneté, ne cesse pas de les prouver, lorsqu'elles ont été exercées depuis moins de trente ans; et les faits d'exercice et de possession de la servitude peuvent être établis par témoins. Le propriétaire du fonds dominant peut donc toujours, avec la même efficacité, invoquer son titre, si ancien qu'il soit, dès qu'il n'a pas laissé périr la servitude elle-même par le non-usage; or, il ne dépend, bien entendu, que de lui d'en user (comp. Cass., 13 janv. 1840, Bouissy, Dev., 1840, I, 415).

Aussi Pothier remarquait-il que le titre récognitif de la servitude est particulièrement utile *pour prévenir le cas auquel l'usage de la servitude pourrait être contesté* (*Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 18). Si donc le propriétaire du fonds dominant, qui n'aurait pas fait un usage suivi de la servitude, voulant prévenir, à cet égard, toute contestation, demandait un acte récognitif, il ne pourrait l'obtenir qu'à ses propres frais, de la même manière que dans le cas où il aurait perdu son titre primordial (comp. *infra*, n° 801; Toullier, t. II, n° 722; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 844; Pardessus, t. II, n° 296; Solon, n° 269: Duranton, t. V, n° 569).

757. — La question s'est élevée aussi de savoir s'il faut appliquer à la matière des servitudes, l'article 1337, premier alinéa, qui porte que :

« Les actes récognitifs ne dispensent point de la repré-
« sentation du titre primordial, à moins que sa teneur
« n'y soit spécialement relatée. »

Voilà, par exemple, qu'un propriétaire reconnaît, dans un acte quelconque, vente, transaction, etc., sans autre détail, que son héritage est grevé d'une servitude de passage ou autre, envers l'héritage voisin.

Cet aveu fera-t-il preuve, bien qu'il ne relate point la teneur du titre constitutif, ni les indications que ce titre renfermait vraisemblablement sur le lieu et le mode de l'exercice de la servitude?

On pourrait dire, pour la négative, que l'article 1337 renferme une disposition générale, et que notre article 695, n'ayant rien déterminé sur les conditions de l'acte récognitif, dont il parle, cet acte est nécessairement soumis à la règle décrétée par l'article 1337 (comp. Solon, n° 369; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. I, p. 807).

Nous ne pensons pas néanmoins qu'il en soit ainsi :

Il paraît bien certain que, dans notre ancien droit, la simple reconnaissance d'une servitude, dans un acte quelconque, suffisait pour constituer valablement un acte récognitif (comp. Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 12). Or, il est très-vraisemblable que les rédacteurs de l'article 695 n'ont pas entendu exiger davantage.

C'est qu'en effet, à la différence de l'acte récognitif d'une rente, qui a le plus souvent pour but d'interrompre la prescription plutôt que de remplacer l'acte primordial, l'acte récognitif de la servitude est destiné, au contraire, généralement à remplacer le titre constitutif; et ce n'est pas dès lors méconnaître l'intention des parties que de lui attribuer cet effet, quelles qu'en soient les énonciations plus ou moins incomplètes. Voilà ce qui explique comment l'article 695 forme, à cet égard, une disposition spéciale.

Ajoutons enfin que l'article 1337, en tant qu'il exige de celui qui produit un acte récognitif, la représentation de l'acte primordial, est, comme nous le verrons, assez difficile à justifier, pour qu'il n'y ait pas lieu de l'étendre à une matière pour laquelle il n'est pas fait (comp. *supra*,

n° 731; Cass., 16 nov. 1829, Ponroy, D., 1829, I, 408; Cass., 2 mars 1836, Roy, Dev., 1836, I, 247; Cass., 11 déc. 1861, Michel, J. du P., 1863, p. 34; Cass., 23 mai 1855, Hérault, *le Droit* du 24 mai 1855; Cass., 16 déc. 1863, Peynaud, Dev., 1864, I, 125; Paris, 9 avril 1866, Courot, *le Droit* du 5 juin 1866, Delvincourt, t. I, p. 165, note 3; Pardessus, t. II, n° 269; Duvergier, sur Toullier, t, II, n° 603; Demante, t. II, n° 550 *bis*, II; Zachariæ, t. II, p. 75; Bonnier, *des Preuves*, n°s 736, 737).

757 *bis*. — Est-il nécessaire que le propriétaire du fonds prétendu dominant (ou ses auteurs) ait été partie dans l'acte, par lequel le propriétaire du fonds prétendu servant (ou ses auteurs) a reconnu l'existence de la servitude?

Ou pourrait-il, au contraire, invoquer un titre quelconque du propriétaire du fonds prétendu servant, un acte de partage, par exemple, dans lequel on aurait imposé à l'un des lots l'obligation de souffrir la servitude?

Nous avons vu plus haut (n° 752) que le propriétaire du fonds dominant ne peut pas opposer au propriétaire du fonds servant, les énonciations de ses propres actes, auxquels celui-ci, ou ses auteurs, n'auraient pas figuré.

Mais l'hypothèse actuelle est toute différente; car le titre, que l'on oppose ici au propriétaire du fonds prétendu servant, c'est son propre titre, à lui-même! dans lequel l'existence de la servitude a été reconnue.

Que ce titre, en conséquence, puisse servir contre lui de commencement de preuve par écrit, ainsi que le disait M. le conseiller de Malleville devant la Cour de cassation (le 16 nov. 1829, *infra*), cela ne paraît pas douteux (comp. art. 1347).

Mais ne faut-il pas même aller plus loin et décider qu'il y a là, en effet, un acte récognitif émané du propriétaire du fonds assujetti, et qui doit, dès lors, aux termes de l'article 695, prouver l'existence de la servitude?

Nous le croirions ainsi : qu'est-ce, en effet, qu'un titre récognitif, sinon la confession et l'aveu de l'existence de la servitude? il ne s'agit pas ici d'établir la servitude par une convention qui exigerait le concours des deux volontés; toute la question est de savoir si la servitude n'a pas été antérieurement établie; or, la preuve peut en résulter de l'aveu de celui qui la doit; et, en général, l'aveu n'a pas besoin d'être accepté, parce qu'il n'est que la déclaration d'un fait, et que d'ailleurs c'est là un de ces actes conservatoires de son droit, que le créancier est toujours réputé avoir accepté d'avance. Cette solution devrait surtout être adoptée, dans le cas où celui qui invoque cette reconnaissance, dans laquelle il n'était point partie, aurait en sa faveur la possession plus ou moins ancienne de la servitude (comp. art 1356; Cass., 16 nov. 1829, Ponroy, Sirey, 1829, I, 408; Caen, 12 juill. 1835, comm. de Louvigny, *Rec. de Caen*, t. XIII, p. 552; Caen, 1re ch., 4 août 1835, Moisson; Marcadé, sur l'art. 1356, n° 2).

N° 3.

Par qui la servitude peut-elle être acquise?

SOMMAIRE.

758. — Régulièrement, il faut être propriétaire pour acquérir une servitude aussi bien que pour l'imposer.

759. — Toutefois, il est des personnes qui pourraient en acquérir, quoiqu'elles n'eussent pas le pouvoir d'en imposer. — De la servitude acquise par un usufruitier ou un emphytéote, ou par celui qui n'avait qu'une propriété conditionnelle ou résoluble.

760. — De la servitude acquise par le simple possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi.

761. — De la servitude acquise par l'un des copropriétaires d'un immeuble indivis.

762. — Suite.

763. — De la servitude acquise par une personne incapable de contracter. — Renvoi.

764. — Il n'est question, dans tout ce qui précède, que de la servitude stipulée et acquise a titre onéreux. — *Quid*, de la servitude acquise à titre gratuit ?

758. — C'est également *aux propriétaires*, en faveur

de leurs propriétés, que l'article 686 permet d'établir des servitudes.

Régulièrement donc, il faut être propriétaire pour acquérir une servitude aussi bien que pour l'imposer; et, sous ce rapport, tous ceux qui peuvent en imposer, peuvent, *a fortiori*, en acquérir (*supra*, n°s 734 et suiv.).

759. — Toutefois, il est un certain nombre de personnes qui pourraient en acquérir, encore bien qu'elles n'eussent pas le pouvoir d'en imposer.

Est-ce que, par exemple, la servitude stipulée par l'usufruitier, par l'emphytéote, ou par celui qui n'a qu'une propriété conditionnelle ou résoluble, ne serait pas valablement acquise au fonds, si le propriétaire, après l'extinction de l'usufruit ou après l'événement de la condition, demandait qu'elle fût maintenue, en offrant de satisfaire, s'il y avait lieu, aux conditions du titre constitutif?

La négative a été enseignée par Duranton (t. V, n°s 550, 554, 555) et par Taulier (t. II, p. 435; *voy.* aussi Despeisses, t. I, part. II, tit. I, art. 4, sect. I, n° 12).

Mais nous ne saurions, pour notre part, admettre ce sentiment; et la solution dépend, suivant nous, ici d'une question d'interprétation.

De deux choses l'une :

Ou l'usufruitier, l'emphytéote, le propriétaire sous condition, n'ont entendu acquérir la servitude que pour leur propre compte et pour la durée seulement, temporaire ou éventuelle, de leur propre droit; et alors évidemment la servitude ainsi acquise s'éteint avec leur droit personnel;

Ou, au contraire, ils ont stipulé la servitude, en termes absolus, pour le fonds lui-même; et, dans ce cas, nous croyons que le nu-propriétaire, après l'extinction de l'usufruit, ou celui qui, par l'événement de la condition, recouvre la propriété, peut demander le maintien de la

servitude : soit parce que l'usufruitier ou le propriétaire commutable avaient qualité pour améliorer la condition du fonds; soit parce que le propriétaire du fonds servant, qui a consenti la servitude au profit du fonds dominant lui-même, n'est pas recevable à prétendre qu'il n'a entendu traiter qu'en considération de la personne (comp. L. 1, § 4, ff., *De usuf. et quemadm.;* L. 11, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*).

Et l'on devrait même, en général, suivant nous, présumer que c'est dans l'intérêt du fonds lui-même, *in perpetuum*, que la servitude a été acquise en pareil cas (comp. *supra*, n° 745; Merlin, *Rep.*, v° *Servit.*, § 12, n° 1; Pardessus, t. II, n° 259; Toullier, t. II, n° 580; Demante, t. II, n° 541 *bis*, V).

760. — Bien plus! il nous semble que le véritable propriétaire, recouvrant, par l'effet d'une simple revendication, son héritage, pourrait demander le maintien des servitudes qui auraient été stipulées par celui qui le possédait *pro suo*, soit de bonne foi, soit même de mauvaise foi, sauf, bien entendu, règlement entre lui et le possesseur, relativement aux conditions du marché conclu (comp. Merlin, *loc. supra cit.;* Toullier et Duvergier, t. II, n° 576, note *a;* Pardessus, t. II, n° 260).

Le propriétaire voisin, qui a consenti la servitude sur son fonds, a traité, en effet, avec la chose plutôt qu'avec la personne; et quand le véritable propriétaire accepte pour son compte les actes d'administration et de gestion qui ont été faits par le possesseur, nous ne voyons point par quel motif le maître du fonds servant pourrait se dégager d'une stipulation qu'il a consentie *in perpetuum* envers celui qui était alors le représentant de la propriété du fonds, représentant dont le propriétaire, bien loin de le désavouer, ratifie la stipulation.

761. — En droit romain, l'un des copropriétaires d'un fonds ne pouvait pas seul stipuler valablement une servitude pour ce fonds; la stipulation était nulle, par

application du principe qu'on ne pouvait pas stipuler pour autrui (comp. L. 19, ff., *de Servit. præd. rust.*; L. 18, *Comm. præd.*; L. 11, ff., *de Oblig.*).

Mais c'était là une solution rigoureuse et subtile; aussi s'accorde-t-on généralement, dans le droit moderne, à décider, au contraire, que l'un des copropriétaires peut valablement acquérir une servitude pour le fonds commun : soit parce que chacun des associés ou communistes a pouvoir suffisant pour améliorer l'héritage indivis; soit parce que la stipulation qu'il fait ainsi pour ses copropriétaires, est la condition d'une stipulation qu'il fait valablement pour lui-même (arg. de l'article 1121; comp. *supra*, n° 742; Voët, *ad Pandect.*, tit. *Comm. præd.*, n° 10; Toullier, t. II, n° 578; Duranton, t. V, n°s 467 et 561; Pardessus, t. II, n° 263; Demante, t. II, n° 541 *bis*, V).

762. — Rien ne s'oppose d'ailleurs non plus à ce que l'un des copropriétaires d'un fonds indivis stipule une servitude pour sa part seulement; et alors c'est d'après l'intention des parties qu'il faudra déterminer quels sont les effets de cette stipulation; comme, par exemple, si la servitude pourra être exercée par lui, durant l'indivision, ou s'il faudra attendre que le partage ait déterminé sa part (comp. Pardessus, t. II, n°s 263-266).

763. — Nous n'avons pas à nous occuper ici de ce qui concerne les personnes incapables de contracter (art. 1123 et suiv.). L'acquisition, de même que l'imposition des servitudes, sont, sous ce rapport, généralement gouvernées par les principes du droit commun, auquel il suffit de nous référer; et voilà pourquoi nous ajournons aussi la question de savoir si un tiers peut stipuler une servitude pour un fonds, en se portant fort que le propriétaire de ce fonds ratifiera. Cette difficulté se rattache à l'interprétation de l'article 1120, dont le moment n'est pas venu encore (comp. Duranton, t. V, n° 549; Pardessus, t. II, n° 260).

764. — Il est bien entendu aussi que, dans toutes les explications qui précèdent, il ne s'agit que de la servitude stipulée et acquise à titre onéreux.

Les mêmes principes ne seraient pas, toujours du moins, applicables à la servitude qui aurait été acquise à titre gratuit ; par exemple, il arriverait le plus souvent que la servitude léguée à l'usufruitier ou au propriétaire commutable, serait considérée comme accordée plutôt en considération de la personne qu'en faveur du fonds lui-même, et qu'elle s'éteindrait, en conséquence, avec le droit propre du légataire (*supra*, n° 759, et *infra*, n° 1051).

§ II.

De l'établissement des servitudes par la prescription.

SOMMAIRE.

765. — Importance et difficulté de ce sujet.
766. — De la prescription acquisitive des servitudes en droit romain.
767. — De la prescription acquisitive des servitudes dans notre ancien droit français.
768. — Examen philosophique et doctrinal de ce sujet.
769. — Notre droit nouveau se résume, à cet égard, en deux règles simples et nettes :
770. — A. Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans. — Explication.
771. — La servitude qui ne serait qu'apparente, sans être continue, peut-elle être acquise par prescription ?
772. — Suite. — On peut bien acquérir, par incorporation, un droit de propriété sur le fonds du voisin, mais non pas une servitude simplement apparente.
773. — Peut-on acquérir par prescription, à titre de servitude, le droit de faire des dépôts de bois ou du fumier, ou d'autres matières, dans une cour ou un terrain quelconque appartenant au voisin ?
774. — La possession, à l'effet d'acquérir les servitudes continues et apparentes, doit réunir les conditions requises par l'article 2229. — — Exemple.
775. — Il faut aussi qu'il s'agisse de propriétaires et d'héritages contre lesquels la prescription a pu courir. — Du cas où l'héritage sur lequel on prétend acquérir une servitude par prescription, appartient à plusieurs copropriétaires par indivis.
775 *bis*. — Suite. — Renvoi.
776. — A quel moment commence, en cette matière, la possession utile à l'effet de prescrire ?

777. — Les ouvrages qui rendent la servitude apparente, peuvent être pratiqués, soit sur le fonds servant, soit sur le fonds dominant.

778. — Il importe peu par qui les ouvrages ont été établis, par le propriétaire lui-même ou par tout autre.

779. — Peu importe aussi dans quelle intention les ouvrages ont été établis.

779 *bis*. — La possession ne doit pas être précaire ni à titre de simple tolérance. — Exemples.

779 *ter*. — Quel est l'effet d'un acte par lequel celui qui exerce une servitude continue et apparente sur le fonds du voisin, aurait reconnu que sa possession n'est que de simple tolérance? — Cet acte peut-il perdre sa force par la prescription? — Est-il opposable aux successeurs à titre singulier de celui qu'il l'a souscrit?

780. — Il faut que les travaux qui rendent la servitude apparente, demeurent, pendant toute la durée de la prescription, dans les mêmes conditions d'établissement et d'exercice.

780 *bis*. — Il faut aussi que la prescription n'ait pas été interrompue par une action en justice. — *Quid*, de l'action intentée à cet effet par le simple possesseur du fonds sur lequel la servitude était exercée?

781. — L'article 2265 est-il applicable en matière de servitudes? et celui qui a acquis une servitude continue et apparente, *a non domino*, avec titre et de bonne foi, l'acquiert-il par une possession de dix ou vingt ans?

782. — Suite.

783. — Les servitudes continues et apparentes pouvant être établies par la prescription, peuvent, *a fortiori*, être augmentées et étendues par le même moyen.

784. — Cette doctrine serait-elle applicable même au cas où la servitude continue et apparente aurait été établie par titre?

784 *bis*. — Suite.

785. — B. Toutes les autres servitudes, qui ne sont pas en même temps continues et apparentes, ne peuvent pas s'établir par la prescription. — Pourquoi les servitudes non apparentes, lors même qu'elles sont continues, ne sont pas prescriptibles.

786. — Pourquoi les servitudes discontinues, lors même qu'elles sont apparentes, ne sont pas prescriptibles.

787. — Les servitudes discontinues, soit apparentes, soit même non apparentes, ne peuvent-elles pas, sous certaines conditions, s'acquérir par la prescription? — Cette question peut s'élever dans trois hypothèses. — Exposition.

788. — A. *Quid*, lorsque le propriétaire du fonds prétendu dominant a acquis, de bonne foi et en vertu d'un juste titre, la servitude *a non domino*, c'est-à-dire de celui qu'il croyait être le véritable propriétaire du fonds assujetti?

789. — B. *Quid*, lorsqu'il y a eu contradiction formée contre le droit du propriétaire du fonds prétendu assujetti?

790. — Suite.

791. — C. *Quid*, lorsqu'il y a eu tout à la fois un titre coloré et une contradiction qui a été fondée sur ce titre?

791 *bis*. — *Quid*, si la servitude a été exercée au moyen d'acte quelcon-

ques de délivrance ou autres, contradictoires avec le propriétaire du fonds prétendu assujetti?

792. — La possession, qui est impuissante à créer des servitudes continues non apparentes, et discontinues apparentes ou non apparentes, ne peut pas non plus aggraver ou étendre, ni modifier celles qui auraient été créées par un titre.

793. — La solution qui précède doit-elle être appliquée, même en ce qui concerne la détermination du lieu de l'exercice de la servitude?

794. — Suite.

795. — La possession de ces sortes de servitudes peut-elle du moins servir, soit à les conserver et à les empêcher de s'éteindre par le non-usage, soit à les faire renaître après qu'elles auraient été ainsi perdues?

796. — Ce n'est pas acquérir une servitude discontinue par la possession, que de la conserver sur un héritage dont un tiers n'a acquis contre nous la propriété par prescription que sous cette charge. — Exemple.

797. — La possession ou l'usage, pendant plus de trente ans, d'un sentier ou passage, par les habitants d'une commune, sur l'héritage d'un particulier, peut-elle leur faire acquérir la servitude de passage?

798. — La possession même immémoriale ne peut pas faire acquérir les servitudes continues non apparentes, ou discontinues apparentes ou non apparentes. — Pourquoi les rédacteurs du Code Napoléon ont pris soin de décréter cette règle.

799. — Mais l'article 691 maintient les servitudes déjà acquises de cette manière, à l'époque de sa promulgation.

800. — Comment pourrait-on faire aujourd'hui la preuve d'une possession immémoriale antérieure à la promulgation du titre des servitudes du Code Napoléon?

801. — Suite. — Le propriétaire qui a droit à une servitude en vertu d'une possession immémoriale antérieure au Code, est fondé à demander au propriétaire du fonds servant un titre récognitif. — Qui doit en payer les frais?

802. — Toute servitude acquise avant la publication du Code, même autrement que par la prescription, devrait être maintenue.

803. — Mais aussi, à l'égard des servitudes qui n'étaient pas autrefois susceptibles de s'acquérir par prescription, et que le Code a déclarées prescriptibles, on n'a pu compter comme possession utile que la possession postérieure à la promulgation du Code.

765. — Ce qui concerne l'établissement des servitudes par la prescription, est l'une des parties les plus importantes de notre sujet, et l'une de celles en même temps qui a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit, le plus environnée d'obscurités et de controverses.

766. — Il paraît qu'à Rome, dans l'origine, les servitudes pouvaient, comme les immeubles corporels, être acquises par l'usucapion civile.

Mais ce droit fut changé par une loi *Scribonia,* que les jurisconsultes romains ne mentionnent que pour dire qu'elle supprima l'usucapion comme mode d'acquérir les servitudes (L. 4, § 29, ff., *de Usurp. et usuc.*); et, en effet, à partir de la date probable de cette loi (en 720), tous les textes nous enseignent que les servitudes, soit rurales, soit urbaines, ne peuvent pas être acquises de cette manière : *usu non capiuntur* (L. 14, § 1, ff., *de Servit.; L.* 10, § 1, ff., *de Usurp. et usuc.*).

Toutefois, dans la suite, on admit que le long usage devait être considéré comme un mode d'acquisition de certaines servitudes, c'est-à-dire particulièrement des servitudes urbaines, *quæ in superficie consistunt* (L. 20, princ., ff., *de Servit. præd. rust.; Supra*, n° 705).

Mais quel était le temps requis pour cette espèce de prescription? exigeait-elle un titre? fallait-il, soit avant Justinien, soit depuis cet empereur, appliquer à ce mode d'acquisition des servitudes, les mêmes conditions que pour la prescription des choses immobilières, sous le rapport du titre, de la bonne foi et de la durée de la possession? c'est une question qui partage les jurisconsultes (comp. L. 2, Cod. *de Servit. et aqua;* L. 12, Cod. *De præscript. longi temp.; voy.* aussi sur ce sujet notre tome X, n° 241).

767. — En France, notre ancien droit présentait à cet égard, dans toutes les provinces, soit de droit écrit, soit coutumières, une sorte d'anarchie législative; et on peut voir, dans le livre de Lalaure et dans le répertoire de Merlin, la longue nomenclature de ses diversités infinies et de ses incohérences sur cette matière.

Plusieurs coutumes rejetaient absolument la prescription comme mode d'établissement des servitudes; et de là cette maxime, qui régnait dans plusieurs pro-

vinces : *nulle servitude sans titre* (Paris, art. 186; Normandie, art. 607).

D'autres admettaient la prescription pour certaines servitudes seulement, en la rejetant pour les autres (Lorraine, tit. XIV, art. 4).

Et il y en avait qui admettaient, au contraire, la prescription pour toutes les servitudes sans distinction (Douai, chap. IX, art. 2; Artois, art. 72).

Encore, dans chacune de ces trois catégories, existait-il une incroyable variété de dispositions sur la nécessité du titre; sur la possibilité de le remplacer par une possession précédée de contradiction ; sur les conditions de la possession ; sur sa durée surtout, tantôt de dix ou vingt ans, tantôt de trente ans ou de quarante ans, ici de cent ans, là enfin immémoriale!

Et si l'on ajoute à tout ceci la diversité de la jurisprudence des parlements et de la doctrine des jurisconsultes, on reconnaîtra que, sur aucune autre matière assurément, la nécessité d'une législation précise et uniforme ne se faisait plus vivement sentir dans notre pays.

768. — Peut-être est-il juste de reconnaître que la première cause de ces difficultés et de ces incertitudes se trouve dans le sujet lui-même.

Lorsqu'en effet on a voulu, pour la première fois, appliquer aux servitudes la prescription acquisitive, on s'est trouvé en présence de deux considérations d'une gravité incontestable.

D'une part, la prescription à l'effet d'acquérir repose essentiellement sur la possession; or, les servitudes, choses incorporelles, ne sont pas susceptibles de possession : *incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur*, disait Paul (L. 14, princ., ff., *de Servit.*; ajout. L. 43, § 1, ff., *De adq. rer. dom.*).

D'autre part, la prescription acquisitive, en matière de servitudes présentait un double danger : soit parce qu'elle pourrait facilement s'acquérir à l'insu du propriétaire,

par la négligence ou la collusion d'un locataire ou d'un fermier; soit parce qu'elle offre le plus souvent un caractère équivoque, et qu'elle peut n'être, de la part du propriétaire lui-même, que le résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage, ou même seulement de son inattention.

Ces considérations sont, disons-nous, infiniment graves.

Et les coutumes, qui admettaient indistinctement la prescription acquisitive de toutes les servitudes, avaient eu le grand tort de les méconnaître.

Mais aussi, d'un autre côté, c'était en faire abus et se jeter dans une autre espèce d'exagération, que d'en conclure, comme plusieurs autres coutumes avaient fait, qu'aucune espèce de servitude n'était susceptible de s'acquérir par la prescription.

La vérité, l'utilité publique et privée, se trouvaient ici, comme presque toujours, dans une sage conciliation de ces considérations diverses, déduite surtout des caractères particuliers des différentes espèces de servitudes.

769. — Et voilà ce qu'ont fait, avec beaucoup de sagesse, les rédacteurs de notre Code.

Le système net et logique, qu'ils ont adopté à cet égard, se résume dans les deux règles suivantes :

A. Les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par la possession de trente ans;

B. Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre.

Tel est notre droit nouveau.

770. — A. Et d'abord l'article 690 s'exprime ainsi :

« Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent « par titre, *ou par la possession de trente ans.* »

La prescription acquisitive, restreinte aux servitudes continues et apparentes, se recommande par les motifs les plus plausibles, sans soulever d'ailleurs aucune objection véritablement sérieuse.

Dira-t-on, en effet, que les servitudes sont des choses incorporelles qui, n'étant pas susceptibles de possession, ne devraient pas être susceptibles de prescription? Il serait facile de répondre que les choses incorporelles peuvent être l'objet d'une sorte de possession, qui consiste *dans la jouissance du droit;* telle est la disposition formelle de l'article 2228; et on devait d'autant plus l'appliquer ici, que les servitudes continues et apparentes consistent dans des ouvrages extérieurs, qni forment une modification corporelle des héritages eux-mêmes, et dont la jouissance a lieu par le fait seul de l'existence de ces ouvrages (*voy.* notre tome IX, n° 480).

Quant à l'objection que l'on déduirait des dangers de la prescription acquisitive en matière de servitudes, elle ne serait pas mieux fondée; car il est presque impossible que les servitudes continues et apparentes demeurent, pendant tout l'espace de trente ans, ignorées du propriétaire du fonds sur lequel elles s'exercent; et en outre, elles sont si gênantes et si onéreuses, elles constituent une telle atteinte à la propriété du fonds asservi, qu'on ne saurait y voir le résultat de la simple tolérance et des seuls rapports du bon voisinage. Lorsqu'un tel état de choses a duré pendant trente ans, il est très-rationnel et très-juste, au contraire, de présumer qu'il a été activement exercé par l'un et supporté par l'autre passivement, comme une servitude véritable, dont le titre, s'il n'est pas représenté, a pu s'égarer et se perdre.

Aussi, nos anciens auteurs reconnaissaient-ils que la règle absolue de l'imprescriptibilité des servitudes était remplie d'inconvénients : *elle ne peut pas,* disait Bannelier, *être admise indéfiniment; et les plus grands jurisconsultes cherchent à la restreindre dans les pays où l'on est forcé, par des textes formels de la suivre* (sur Davot, t. II, p. 166; *voy.* aussi *supra,* n° 766).

771. — Mais il faut, pour qu'elle puisse être acquise par prescription, que la servitude soit tout à la fois continue et apparente (comp. art. 690, 691).

La simple apparence ne suffirait donc pas; et il nous paraît certain, malgré le dissentiment de Taulier (t. II, p. 338), qu'une servitude de passage ne serait pas susceptible de ce mode d'acquisition, lors même qu'elle se manifesterait par une porte construite dans un mur ou par un pont jeté sur un cours d'eau et appuyé sur le sol du voisin; car ces sortes d'ouvrages, dit fort bien Toullier (t. II, n° 621), ont toujours quelque chose d'équivoque, lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue, et qu'il n'existe point de titre (*supra*, n° 719; ajout. Bannelier sur Davot, *loc. sup. cit.*).

772. — On pourrait bien, il est vrai, prétendre avoir acquis, par incorporation, un droit de propriété sur le fonds du voisin (art. 553, 712); mais il faudrait alors que la possession réunît tous les caractères exigés pour l'acquisition du *dominium* (comp. *supra*, n°s 672, 673; Cass., 28 oct. 1811, Chenal, Sirey, 1811, I, 369; Toullier et Duvergier, t. II, n°s 622 et 623, note *a*).

773. — C'est par application de ces principes que Belime enseigne, avec raison, suivant nous, qu'un propriétaire ne pourrait pas acquérir, par prescription, à titre de servitude, le droit de faire des dépôts de bois ou de fumier, ou d'autres matières, dans une cour ou un terrain quelconque appartenant à son voisin (*de la Possession*, n° 271).

Il est d'abord douteux que cette espèce de droit puisse être considéré comme une servitude réelle; car la servitude doit être établie sur un héritage pour *l'usage et l'utilité d'un autre héritage;* et l'on pourrait soutenir qu'une telle charge n'est pas imposée au profit de l'héritage. Mais en la considérant même comme une servitude, on n'y trouverait pas ces caractères de continuité et d'apparence, que nos articles 690 et 691 exigent pour la prescription; car le fait de l'homme est alors nécessaire pour que la servitude s'exerce; et nous ne supposons pas l'existence d'ouvrages extérieurs, qui révèlent la servitude. On com-

prendrait donc plus facilement, dans ce cas, l'acquisition de la propriété de la partie du sol même de la cour occupée par le bois ou le fumier, que l'acquisition d'une servitude.

774. — La possession, à l'effet d'acquérir les servitudes continues et apparentes, doit évidemment réunir les conditions requises par l'article 2229 dans toute possession pour pouvoir prescrire.

Il faut donc qu'elle soit continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (comp. Toullier, t. II, nos 634 et suiv.; Pardessus, t. II, n° 276; Solon, n° 396).

C'est ainsi, par exemple, que la possession serait équivoque, si elle avait été exercée par le fermier de l'héritage prétendu asservi, dans l'intérêt d'un héritage qui lui appartenait. Duranton (t. V, n° 586) suppose que le fermier a pratiqué une conduite d'eau du fonds affermé par lui au fonds dont il est propriétaire, et que cet état de choses a ainsi duré plus de trente ans, par suite des renouvellements successifs du bail. Sans doute, il sera toujours prudent, de la part du bailleur, de s'opposer à de telles entreprises, ou du moins d'en faire constater, par écrit, le caractère précaire. Mais nous pensons, avec notre savant collègue, que, indépendamment même de toute protestation de la part du propriétaire, une telle possession devrait généralement être considérée comme équivoque, puisqu'il est incertain si le fermier, en dirigeant sur son propre fonds l'eau du domaine affermé, a joui de cette eau en sa qualité de fermier, suivant l'usage qui lui paraissait, dans l'intérêt même de ce domaine, le plus utile (comp. Cass., 19 mars 1834; Belime, *de la Possession*, n° 56).

775. — Aujoutons qu'il faut aussi, suivant le droit commun, qu'il s'agisse soit de propriétaires, soit d'héritages, à l'égard desquels la prescription puisse courir (comp. art. 2251 et suiv.; ajout. art. 1561).

Et, à cet égard, nous n'hésitons pas à penser qu'il faut appliquer à la prescription acquisitive les deux dispositions, que les articles 709 et 710 appliquent à la prescription extinctive des servitudes, et décider en conséquence :

1° Que si l'héritage, sur lequel on prétend acquérir une servitude par prescription, appartient à plusieurs propriétaires par indivis, l'interruption de la prescription par l'un d'eux devra profiter à tous les autres ;

2° Que si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un, contre lequel la prescription n'a pu courir, comme un mineur, cette suspension aura également lieu au profit de tous les autres.

Il est vrai que les articles 709 et 710 ne concernent que la prescription libératoire, et n'ont en vue que le cas d'indivision du fonds dominant, de *l'héritage en faveur duquel la servitude est établie*.

Mais le principe essentiel sur lequel ils reposent, le principe de l'indivisibilité de la servitude, exige impérieusement, sous peine de contradiction et d'inconséquence, que l'application en soit faite au cas d'indivision du fonds, que l'on prétend grever d'une servitude par prescription (comp. Demante, t. II, n° 586, III).

775 *bis*.— Ce qu'on peut mettre en question seulement, c'est de savoir si la suspension, résultant de la minorité de l'un des copropriétaires, et qui, pendant l'indivision, profitait à son copropriétaire majeur, si, disons-nous, cette suspension peut encore être invoquée par celui-ci, lorsque, par le partage ultérieur, l'immeuble est devenu sa propriété, et qu'il est réputé, d'après l'article 883, en avoir toujours été seul propriétaire.

La Cour de Nancy avait jugé l'affirmative (29 nov. 1851, Pergent, Dev., 1851, II, 799).

Mais son arrêt a été cassé par la Cour suprême, qui avait d'ailleurs rendu déjà précédemment une décision semblable (comp. Cass., 3 déc. 1845, Anquet., Dev.,

1846, I, 24; Cass., 29 août 1853, Pergent, Dev., 1853, I, 707).

Cette question étant absolument la même pour la prescription extinctive que pour la prescription acquisitive, nous en renvoyons, afin d'éviter des redites, l'examen aux articles 709 et 710 (*infra*, n° 999).

776.— La servitude devant être apparente, il s'ensuit que des ouvrages quelconques, qui la révèlent par des signes extérieurs et visibles, sont nécessaires pour qu'elle devienne prescriptible (comp. Cass., 14 juin 1852, Canal du Midi, *J. du P.*, 1855, t. I, p. 526).

Et, en conséquence, la possession utile commence à partir du jour où les travaux apparents, nécessaires pour l'exercice de la servitude, ont été terminés; car ce n'est que de ce jour que l'exercice, et par suite la possession de la servitude, peut commencer (arg. de l'article 642 ; comp. toutefois Belime, *de la Possession*, n° 357).

C'est en ce sens que Basnage écrivait que « en ces sortes de servitudes, la prescription ne commence à courir qu'après que l'ouvrage nécessaire a été fait, parce que ce qui n'est point encore ne peut être prescrit. » (Sur l'article 607 de la cout. de Normandie.)

Mais aussi la possession commence dès ce jour-là, quand même la servitude n'aurait pas encore été effectivement exercée; c'est ainsi que la possession de la servitude d'égoût commence dès que les conduits destinés à porter l'eau sur le fonds voisin, ont été placés, lors même qu'il ne serait encore tombé aucune goutte d'eau; car tel est le propre des servitudes continues, qu'elles s'exercent sans le fait actuel de l'homme, c'est-à-dire par cela seul qu'elles sont mises en état de s'exercer (arg. de l'article 688; comp. Toullier, t. II, n° 632; Zachariæ, t. II, p. 77; Taulier, t. II, p. 441; comp. toutefois Pardessus, t. II, n° 279).

777.—Nous avons vu, dans l'article 642, que les ouvrages nécessaires pour acquérir la servitude de la prise

d'eau contre le propriétaire d'un fonds, dans lequel naît une source, devaient être établis sur ce fonds même (*supra*, n°s 79, 80).

Il ne nous paraît pas toutefois que l'on doive en induire, comme règle générale, qu'il soit nécessaire que les travaux, qui constituent l'apparence de la servitude, soient toujours faits sur le fonds servant. Il suffirait qu'ils fussent établis sur le fonds dominant, si l'espèce de servitude à laquelle ils doivent servir, le comportait; c'est ainsi que la servitude de vue ou de passage est suffisamment manifestée par une fenêtre ou par une porte ouverte dans un mur séparatif des deux fonds, lors même que le mur, où les ouvertures sont pratiquées, appartient exclusivement au propriétaire du fonds dominant (*supra*, n° 718; comp. Toullier, t. II, n° 634; Zachariæ, t. II, p. 78; Pardessus, t. II, n° 280; *voy.* toutefois Vazeille, *des Prescriptions*, n° 402).

778. — Il importe peu d'ailleurs par qui ces travaux ont été établis : par le propriétaire du fonds dominant lui-même, par l'un des copropriétaires indivis, par un usufruitier, un locataire, un fermier, ou un tiers possesseur de bonne ou mauvaise foi.

Il ne s'agit pas, en effet, ici, de contracter; il ne s'agit que d'un fait de possession; or la possession peut être exercée utilement pour le propriétaire, par quiconque occupe ou habite même accidentellement le fonds (comp. L. 12, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; L. 1, § 7, ff., *De itinere actuque privato*; art. 709, 710; Dunod, *des Prescript.*, part. I, chap. IV, p. 22; Pardessus, t. II, n°s 377, 379; Duranton, t. V, n° 591).

779. — Et il n'y a pas, en général, davantage à s'enquérir dans quelle intention les ouvrages ont été établis par le constructeur, quel qu'il soit, si c'est dans l'intérêt du fonds dominant, et afin d'acquérir une servitude, ou par un tout autre motif; le fait seul de l'établissement et de l'existence de ces ouvrages est suffisant, dès qu'ils

sont, bien entendu, publics et permanents, et constitutifs de la servitude par leur existence même.

779 *bis*. — Mais il est une condition toujours indispensable, c'est que la possession ne soit pas précaire et à titre de tolérance (art. 2232).

C'était, dans notre ancien droit, une thèse fort souvent agitée que celle qui consistait à savoir quels étaient les faits de possession, qui devaient être considérés comme de simple tolérance.

Aujourd'hui cette thèse a, dans notre sujet, beaucoup moins d'importance, parce que, d'une part, toutes les servitudes discontinues, à l'égard desquelles précisément la question pourrait surtout s'élever, sont déclarées imprescriptibles ; et que, d'autre part, les servitudes continues et apparentes, les seules qui soient prescriptibles, présentent toujours effectivement des caractères exclusifs de la simple tolérance.

Il faut ajouter toutefois que cette question est néanmoins encore susceptible de se présenter aujourd'hui.

C'est ainsi, par exemple, qu'il se pourrait qu'il fût constaté, par un écrit ou par un aveu du possesseur, que sa possession n'est que de simple tolérance (*infra*, n° 779 *ter*).

On peut voir encore une autre application très-remarquable de notre proposition dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1841 (Garnier, Dev., 1841, I, 414), qui décide que celui qui n'a que la simple possession d'une servitude sur un arbre, dont il se sert pour soutenir une barrière, n'est pas fondé, au cas où le propriétaire de l'arbre vient à l'abattre, à intenter la complainte et à demander qu'un nouvel arbre ou un poteau, pour en faire l'office, soit replanté à la place de l'arbre qui a été abattu. La Cour a pensé, justement, suivant nous, qu'une possession de ce genre, non fondée sur un titre, et qui reposait sur un objet périssable, était nécessairement, comme a dit M. le conseiller Mestadier, de simple tolérance

(comp. aussi Cass., 3 déc. 1834, Pleurs, D., 1835, I, 59; Caen, 31 déc. 1845, Duval, *Rec. de Caen*, t. X, p. 658).

779 *ter.* — Nous venons de parler du cas où celui qui exerce sur le fonds de son voisin une servitude continue et apparente, aurait reconnu par un écrit que sa possession n'est que de simple tolérance.

Ces sortes de reconnaissances étant assez fréquentes, il ne sera pas hors de propos de rechercher ici quel en est l'effet, et si elles forment un obstacle perpétuel à la prescription acquisitive de la servitude.

Supposons donc que j'ai reconnu que la fenêtre ou l'égout que j'ai sur le fonds de mon voisin, n'existent qu'à titre de simple tolérance; et que, dans l'écrit qui constate cet aveu, mon voisin s'est, en effet, réservé le droit de me les faire supprimer, toutes fois et quantes *toties quoties*, à sa première réquisition.

Pourrais-je néanmoins, après trente ans, soutenir que j'ai acquis la servitude par prescription?

Pour résoudre cette difficulté, il importe de distinguer deux hypothèses :

A. Celle où cette reconnaissance de précarité et de simple tolérance est opposée à celui qui l'a souscrite, ou à ses héritiers et successeurs universels;

B. Celle où elle est opposée à un successeur à titre singulier, acheteur, copermutant, donataire ou autre.

Examinons successivement ces deux cas.

A. D'abord, celui qui a souscrit l'écrit, ou ses successeurs universels, peuvent-ils acquérir, dans ce cas, la servitude par prescription?

Pour l'affirmative, on pourrait argumenter ainsi :

1° D'une part, d'après l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans;

Or, on suppose que l'acte en vertu duquel le propriétaire s'était réservé le droit de faire supprimer les fenêtres qui donnent sur son fonds, a plus de trente ans;

Donc, cet acte est prescrit; donc, l'action qui en résultait, est éteinte.

D'autre part, d'après l'article 2220, on ne peut d'avance renoncer à la prescription ; cette disposition est générale ; et elle s'applique à la prescription acquisitive aussi bien qu'à la prescription extinctive; la preuve en résulte de ses termes mêmes et de la place que l'article 2220 occupe dans le chapitre I du titre de la prescription qui traite : *des Dispositions générales ;*

Or, la reconnaissance en question n'est finalement autre chose qu'une renonciation à la prescription;

Donc, elle ne saurait être opposée même à celui qui l'a souscrite, pour l'empêcher de prescrire.

2° Dira-t-on que, par l'effet de cette reconnaissance, sa possession est devenue précaire et de simple tolérance?

Mais il suffit de lire l'article 2236 pour reconnaître quels sont ceux qui, d'après la loi, sont considérés comme *détenant précairement la chose du propriétaire*. C'est le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, c'est-à-dire ceux-là seulement qui ne possèdent que pour le propriétaire lui-même et en son nom ; or, dans notre hypothèse, c'est en son propre nom, à lui! bien entendu, que le maître du fonds dominant possède la servitude; et il n'est pas, dans cette possession, comme le fermier et les autres, le représentant du propriétaire.

Pareillement, lorsque l'article 2232 dispose que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, il entend parler des actes de possession qui ont, par eux-mêmes et par leur propre nature, ce caractère : tels que les faits de passage, de puisage ou autres; or, les servitudes de vue et d'égout, et en général toutes les servitudes continues et apparentes ont, au contraire, éminemment par elles-mêmes le caractère d'actes de possession *animo domini* sur l'héritage du voisin.

4° Qu'est-ce donc seulement, en définitive, que cet écrit, par lequel on a reconnu que c'était par tolérance

que l'on avait des vues ou des égouts sur le fonds du voisin? c'est une *reconnaissance que le possesseur a faite du droit de celui contre lequel il prescrivait;* or, d'après l'article 2248, cette reconnaissance ne constitue qu'une interruption de prescription, d'où il résulte que tout le temps antérieur ne peut pas être compté, mais n'empêche pas la prescription de recommencer ensuite son cours.

4° On peut ajouter encore les inconvénients considérables de l'imprescriptibilité perpétuelle, qui résulteraient de la doctrine contraire, les difficultés et les contestations qui en pourraient naître, lorsque après plus d'un demi-siècle ou d'un siècle même, on exhumerait un écrit afin de faire changer un état de choses consacré par une possession plus que centenaire.

Cette doctrine avait été consacrée par la coutume de Bretagne, dont l'article 283 admettait l'acquisition par prescription des servitudes, même discontinues (comp. Cass., 30 avril 1835, Launay, D., 1840, I, 862).

L'article 287 de cette coutume s'exprimait ainsi :

« Les conditions et grâces de réméré, accordées par ces mots : toutes fois et quantes, que le vendeur ou autre voudra, se prescrivent par trente ans, à compter du jour de l'octroi d'icelles, qui se vérifiera par l'acte ou serment déféré à la partie seulement. »

Et précisément Hévin, dans son commentaire sur cet article, prévoit notre question elle-même en ces termes :

« *Quid juris?* dit-il. Mœvius a fait une fenêtre regardant sur son voisin sans droit; celui-ci le poursuit pour la boucher; il se passe transaction portant qu'elle est contre droit et que Mœvius la bouchera, ou se réduira en vue morte toutes fois et quantes. Il se passe cent ans sans que le voisin ait fait cette réquisition. L'action est-elle prescrite? *Sic senseo. Voy.* art. 11, des usances de Rennes. » (Commentaire de la cout. de Bretagne, sous l'article 287, t. II, p. 307; ajout. Mourlon, *de la Prescription*, p. 13).

Cette argumentation est sérieuse sans doute; mais pourtant nous ne saurions nous y rendre;

1° La condition *sine qua non* de la prescription à l'effet d'acquérir, c'est la possession; et il faut que cette possession soit à titre de propriété et non pas seulement de simple tolérance (art. 2229 et 2232);

Or, il n'est pas possible de dire que vous avez possédé cette servitude *animo domini*, c'est-à-dire avec l'intention de l'avoir et de la garder à toujours, lorsque vous ne la possédez, au contraire, qu'en vertu d'une permission révocable de la part du propriétaire voisin, et avec la promesse, de votre part, de tout supprimer, à sa première réquisition, *toties quoties;*

Donc, vous êtes en dehors des conditions requises pour la prescription acquisitive; et l'acte que vous avez souscrit, n'est pas, sous ce rapport, une renonciation à la prescription non accomplie; c'est un acte qui n'a d'autre effet que de caractériser votre possession et de la rendre insusceptible de fonder une prescription.

2° La possession effectivement est un fait complexe; elle ne consiste pas seulement dans le fait extérieur de la jouissance de la servitude et dans les ouvrages au moyen desquels elle s'exerce, *factum;* il y faut aussi l'*animus*, c'est-à-dire la volonté d'avoir à soi et de garder.... *sibi habendi;* or, encore une fois, cette volonté, cette intention ne sont pas possibles en présence de l'acte que nous supposons! *Precarium est, quod precibus petenti conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit, patitur....* (L. 1, princ, ff., *De precario.*)

Mais, dira-t-on, il va résulter de là que l'article 2220, qui porte qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription, ne s'appliquera pas à la prescription à l'effet d'acquérir! — Nous verrons bien plus tard; mais lors même que telle serait la conséquence de notre doctrine, nous aimerions mieux encore l'accepter, que de déclarer acquise par la possession une servitude, que l'on n'a tou-

jours possédée que par simple tolérance du voisin ou de ses successeurs.

Et lorsqu'on parle des inconvénients de l'imprescriptibilité, nous pouvons aussi répondre que le système contraire aurait lui-même ce double danger infiniment grave : soit d'empêcher ces concessions si fréquentes et si désirables en effet, par lesquelles les voisins peuvent se rendre mutuellement service, la concession, par exemple, par l'un à l'autre, d'un droit d'aqueduc ou de vue, etc., sur un terrain dont il ne tire, quant à présent, aucun parti ; soit de rendre celui qui les aurait consenties, victime de son bon office et de sa confiance.

Concluons donc qu'un tel acte fait obstacle à la prescription ; et cela, sans même distinguer si cette concession a été faite gratuitement ou à titre onéreux, dès qu'elle a été faite précairement dans l'un comme dans l'autre cas (comp. Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 20 ; Locré, *Législ. civ.*, t. XVI, p. 561, discours de M. Bigot-Préameneu ; Caen, 23 janv. 1843, Tardif de Petitville, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 89 ; Cass., 14 juin 1852, canal du Midi, *J. du P.*, 1855, t. I, p. 526 ; Duranton, t. XXI, n° 116 ; Marcadé, sur l'article 2220, n° 2).

B. Maintenant, supposons que le billet, comme dit Pothier (*loc. supra cit.*), par lequel celui qui exerce une servitude continue et apparente sur le fonds du voisin, a reconnu que sa possession n'était que de pure tolérance, supposons, dis-je, que ce billet est opposé à un successeur à titre singulier, acheteur ou autre, de l'héritage dominant.

Une distinction est encore ici nécessaire :

Si le successeur à titre singulier a possédé lui-même pendant trente ans, depuis son acquisition, cette servitude continue et apparente sur le fonds du voisin, il l'a acquise par sa propre possession ; et nous ne croyons pas qu'il soit possible de lui opposer l'écrit par lequel son auteur aurait antérieurement reconnu que sa possession

n'était que précaire ; car, d'une part, il n'a pas succédé à l'obligation personnelle de cet auteur ; et d'autre part, il n'invoque pas non plus la possession de cet auteur, mais uniquement sa possession à lui, qu'il a eue *animo domini*.

Au contraire, si le successeur à titre singulier est obligé de joindre à sa possession celle de son auteur (art. 2235), parce qu'il n'a pas lui-même une possession suffisante pour avoir prescrit, il faut bien alors qu'il prenne la possession de son auteur telle qu'elle est ; et on peut lui opposer les mêmes moyens que l'on aurait pu opposer à son auteur, et par conséquent l'écrit par lequel la possession de celui-ci aurait été reconnue de simple tolérance.

Seulement, on peut demander, dans ce dernier cas, si cette reconnaissance n'est opposable au successeur à titre singulier, qu'autant qu'elle a acquis une date certaine, d'après l'article 1328, antérieurement à l'acte d'aliénation, qui l'a rendu propriétaire ?

Un arrêt fortement motivé de la Cour de Caen semblerait avoir jugé la négative en ces termes :

« Considérant que la possession est un fait complexe résultant non-seulement des actes matériels qui la signalent, mais encore, et plus essentiellement, des circonstances qui doivent la caractériser comme moyen d'acquérir, en manifestant que l'exercice de ces actes matériels a eu lieu à cette fin ; qu'ainsi, quelque positifs que soient ces actes, ils restent impuissants pour opérer la prescription, lorsque, par exemple, ils ne sont dus qu'à la tolérance ;

« Considérant que si, par cela que la possession est un fait, on peut l'établir par toute espèce de preuves ; on peut aussi, quand il s'agit de s'en défendre, constater, par tout genre de preuves, qu'elle n'a pas été exercée ni soufferte avec l'intention qu'elle devînt un droit. » (14 sept. 1840, Decaux, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 405).

Remarquons, toutefois, que l'arrêt ne décide pas que la reconnaissance de précarité et de simple tolérance, quoique n'ayant pas date certaine avant l'acquisition, soit opposable à l'acquéreur; cette question y est, au contraire, réservée, par le motif que la solution n'en était pas nécessaire dans la cause; mais l'arrêt juge du moins que cet acte peut être admis à l'égard de l'acquéreur, « comme élément important d'un ensemble de présomptions propres à justifier que l'existence des ouvertures de la suppression desquelles il s'agit, n'a jamais été que précaire et soufferte uniquement par esprit d'obligeance et de bon voisinage. »

Toutefois, même dans ces termes restreints, cette solution nous paraîtrait encore contestable; sans doute, la possession est un fait complexe; et de même que celui qui l'invoque, peut prouver par témoins qu'elle existe depuis trente ans, avec les caractères requis par la loi; de même, celui *qui s'en défend*, comme dit l'arrêt précité, peut, de son côté, prouver par témoins que la possession n'a pas eu la durée ou les caractères requis; mais tout cela, de part et d'autre, en tant qu'il s'agit de faits extérieurs, à l'aide desquels on peut apprécier le caractère de la possession alléguée. Mais on ne pourrait pas être admis à prouver, par témoins, une promesse verbale, par laquelle on alléguerait que celui dont la possession avait tous les caractères requis pour prescrire, aurait reconnu que sa possession n'était que de tolérance; or l'écrit, émané du précédent propriétaire, dès qu'il n'avait pas une date certaine antérieure à l'aliénation, ne pouvait pas plus être opposé à l'acquéreur qu'une promesse purement verbale (comp. Caen, 2e chambre, 10 mars 1855, Morieux).

780. — Les travaux, étant une fois établis, conservent, par eux-mêmes et par eux seuls, la possession de la servitude.... *signum retinet signatum* (art. 688; Toullier, t. II, n° 634).

Mais il faut, pour cela, bien entendu, que la possession demeure, pendant tout le temps de sa durée, dans les mêmes conditions d'établissement et d'exercice; autrement, elle ne serait pas continue (art. 2229).

Vous avez, par exemple, ouvert une fenêtre d'aspect sur telle partie de mon fonds, dans un mur qui le joint immédiatement; et vous l'avez conservée à cette place pendant quinze ans; puis, vous l'avez fermée; et vous avez pratiqué, sur une autre partie de mon fonds, une nouvelle fenêtre que vous avez aussi conservée pendant quinze ans. Eh bien! vous n'aurez acquis la servitude de vue sur mon fonds ni d'un côté ni de l'autre; car vous n'avez eu trente ans de possession ni pour la première ni pour la seconde servitude. Vous objecteriez en vain qu'il n'y a eu ici qu'une seule et même servitude de vue. En droit, il y a eu évidemment deux servitudes, de même espèce, à la vérité, mais distinctes dans leur être moral et dans leur individualité. En fait, il se peut que ces deux servitudes soient, en effet, fort différentes, et que l'une, par exemple, soit beaucoup moins onéreuse que l'autre pour mon fonds. Il en serait de même d'une conduite d'eau dont l'aqueduc aurait été déplacé (comp. L. 9, ff., *de Servit.*; Duranton, t. V, n° 609).

Tel nous paraît être le principe général; et il importe de le maintenir, surtout lorsqu'il s'agit de la prescription (comp. Cass., 1er juillet 1861, Fornari, Dev.. 1862, I, 81).

On ne pourrait s'en écarter qu'autant qu'il serait reconnu, en fait, que le changement qui a eu lieu dans le mode d'exercice de la servitude, le déplacement, par exemple, de l'endroit par lequel elle s'exerçait d'abord, n'a aucunement changé la servitude elle-même, qui serait toujours restée le même être moral; et il se pourrait, en effet, qu'on le décidât ainsi, dans le cas où ce déplacement serait minime, sans aucune espèce d'importance, et ne devrait être dès lors considéré que comme purement accessoire (comp. *infra*, n° 1035; Dupret, *Revue de*

droit français et étranger, t. III, p. 838; comp. aussi Cass., 23 juill. 1855, Tallavigne, *Gazette des Tribunaux* du 25 juill. 1855).

780 *bis.* — Il est évident aussi qu'il faut, pour que la prescription s'accomplisse, qu'elle n'ait pas été interrompue par une action en justice, conformément aux articles 2244 et suivants.

La Cour de Caen a jugé que le simple possesseur d'un fonds était sans qualité pour intenter l'action négatoire d'une servitude, et que par suite, nonobstant son action, la prescription continuait à courir en faveur du fonds dominant, encore bien que depuis l'époque où l'action avait été intentée, mais après que le délai de la prescription était accompli, le véritable propriétaire intervenant eût donné adjonction aux conclusions du possesseur (14 févr. 1845, Bobot, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 100).

Cette décision peut paraître rigoureuse; car, dans l'espèce, le demandeur se présentait comme possesseur *pro suo*, c'est-à-dire comme propriétaire; et il semble que par *interim*, il avait le droit et le devoir d'exercer, dans l'intérêt du fonds, les actions nécessaires pour empêcher l'acquisition par prescription des servitudes dont on voulait le grever (comp. *infra*, n°s 994 et 1051; et notre tome II, n°s 238 et 256).

781. — L'article 690 dispose que la durée de la possession doit être de trente ans (art. 2262).

Mais c'est une question controversée que celle de savoir si l'article 2265 est applicable dans notre matière; ou, en d'autres termes, si celui qui a acquis de bonne foi et par juste titre, une servitude continue et apparente *a non domino*, c'est-à-dire du propriétaire putatif de l'immeuble, de celui qui possédait l'immeuble en qualité de propriétaire, quoiqu'il ne le fût pas; si, disons-nous, cet acquéreur peut invoquer la prescription acquisitive de dix ou vingt ans contre le véritable maître qui recouvre ensuite la propriété de son héritage.

On peut, en faveur de l'affirmative, raisonner ainsi :

1° Aux termes de l'article 2265, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre *un immeuble*, en prescrit la propriété par dix ou vingt ans;

Or, aux termes de l'article 526, les servitudes sont *immeubles ;*

Donc, l'article 2265 leur est applicable; et c'est ainsi que l'on s'accorde généralement à appliquer cet article à l'usufruit, qui n'est lui-même immeuble, comme les servitudes, d'après l'article 526, que par l'objet auquel il s'applique.

2° Qui peut le plus peut le moins; or, l'acquéreur de l'immeuble lui-même *a non domino* pourrait en acquérir, par dix ou vingt ans de possession, la pleine propriété; donc, il doit *a fortiori* pouvoir acquérir sur cet immeuble un simple droit de servitude!

3° Les motifs qui ont dicté l'article 265, existent d'ailleurs ici avec une égale force. C'est à raison de la bonne foi de l'acquéreur, et afin de ne pas prolonger si longtemps l'incertitude de son droit, que la loi a abrégé la durée ordinaire de la prescription; or, celui qui a acquis de bonne foi une servitude *a non domino,* et qui a fait peut-être en conséquence des travaux dispendieux et considérables, qui n'a construit, par exemple, une maison importante qu'après s'être assuré du droit d'avoir des fenêtres sur le fonds voisin, fenêtres dont la suppression rendrait son édifice inhabitable, celui-là ne mérite-t-il donc pas la même protection?

4° Enfin, la prescription décennale fondée sur un titre émané *a non domino*, était admise autrefois même sous l'empire des coutumes où l'on suivait la maxime : *nulle servitude sans titre*, et qui ne reconnaissaient pas en conséquence la prescription trentenaire; or, il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code, qui ont admis la prescription des servitudes continues et apparentes par la seule possession de trente ans, c'est-à-dire dans un cas

où les coutumes la rejetaient, aient, à leur tour, rejeté la prescription fondée sur un titre, c'est-à-dire dans un cas où les coutumes elles-mêmes l'avaient admise (Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans,* n° 8). Et l'article 690 ne dit, en effet, rien de pareil; il ne parle que du titre ou de la possession considérés séparément, sans s'expliquer sur le concours du titre et de la possession réunis; or son silence, à cet égard, suffit pour que l'article 2265, qui forme le droit commun de la matière, doive être appliqué aux servitudes comme à tout autre immeuble (comp. Dijon, 13 janv. 1830, Dumay, D., 1835, I, 65; et les *considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1849, Lée, Dev., 1849, I, 515; Delvincourt, t. I, p. 164, note 5; Duranton, t. V, n° 593; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 348; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 856; Vazeille, *des Prescriptions,* t. I, n° 419 et t. II, n° 523; Carou, *des Act. possess.*, n° 261).

Cette doctrine ne nous paraît pas fondée; et nous croyons qu'il n'y a, au contraire, dans notre sujet, aucune autre prescription possible que celle de trente ans :

1° L'article 690 qui a spécialement pour but de résoudre, dans notre titre même, la question de prescription appliquée aux servitudes, cet article dispose que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre *ou par la possession de trente ans.*

Or, d'après l'article 2264 : « les règles de la prescrip-« tion sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le « présent titre (*de la prescription*) sont expliquées dans « les titres qui leur sont propres, »; et notez que cet article, placé dans le chapitre intitulé : *Du temps requis pour prescrire*, se rapporte ainsi tout particulièrement à notre hypothèse même;

Donc, l'article 690 forme, dans le titre qui est propre aux servitudes, une disposition spéciale, qui exige, dans tous les cas, une possession de trente ans. Le texte est

donc formel! Si vous n'avez pas un *titre*, c'est-à-dire une concession émanée du propriétaire même de l'héritage asservi, il vous faut absolument et dans tous les cas, pour acquérir la servitude autrement que par titre, il vous faut, dis-je, toujours *une possession de trente ans!* le texte ne se sert pas même du mot *prescription;* il dit pour tous les cas : *par la possession de trente ans ;* et lorsqu'on nous objecte que cet article ne s'occupe que de la possession séparée du titre coloré, nous sommes assurément très-fondé à répondre que cette objection méconnaît la généralité absolue de ce texte, et qu'elle le viole de la manière la plus manifeste, en y introduisant une distinction, que ses termes et son esprit repoussent également.

2° Il est facile, en effet, de comprendre pourquoi le législateur a cru devoir décréter ici une disposition spéciale. On sait combien cette thèse de la prescriptibilité ou de l'imprescriptibilité des servitudes avait soulevé, dans l'ancien droit, de difficultés et de controverses, et qu'il n'y a rien de plus obscur et de plus incohérent que toutes les traditions antérieures sur ce point. Eh bien! précisément, les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu tarir la source de toutes ces difficultés par une disposition nette et précise ; et comprenant bien, d'une part, les objections que peut soulever la prescription comme mode d'acquérir les servitudes, et les inconvénients et les dangers dont elle est susceptible, et d'autre part, les inconvénients aussi d'une imprescriptibilité absolue, ils ont décidé que la possession à l'effet d'acquérir devrait toujours être de trente ans, de manière que le propriétaire du fonds, qui se trouverait grevé d'une servitude, ne pût l'imputer qu'à lui-même et à son silence gardé pendant si longtemps. Il est vrai qu'autrefois on admettait, dans certaines coutumes, la prescription par dix ou vingt ans, en vertu d'un titre coloré ; mais c'était là un tempérament à la rigueur de la maxime : *nulle servitude sans*

titre; et comme cette maxime produisait dans la pratique des résultats très-fâcheux, on avait trouvé bon, pour la mitiger, d'admettre la prescription même décennale, parce que cette prescription reposait sur un titre. Mais les auteurs du Code Napoléon n'avaient pas besoin de ces détours ni de ces expédients ; et c'est dans la plénitude de leur autorité législative, qu'ils ont décidé que là où il n'y aurait pas un *titre,* c'est-à-dire une concession valable *a domino*, il faudrait, sans distinction, *une possession de trente ans.*

3° Ajoutons enfin que leur décision à cet égard est fort sage. La possession des servitudes, lors même qu'elles sont continues et apparentes, n'a jamais certes, vis-à-vis de tout autre que l'auteur même du titre, les mêmes caractères que la possession de la propriété ! elle est toujours plus ou moins équivoque; et surtout elle peut être ignorée du véritable propriétaire. Rien ne serait donc plus dangereux qu'une loi qui abrégerait, au préjudice de celui-ci, la durée de la prescription acquisitive; et cela, en vertu d'un titre qui lui est étranger et dont il ne soupçonne pas l'existence. Mais, dit-on, on admet bien que l'usufruit peut être acquis par la prescription de dix ou vingt ans, en vertu de l'article 2265 ! — Il est vrai, et nous l'avons ainsi pensé nous-même (*voy.* notre t. X, n° 241). Mais d'abord il n'y a, dans le titre de l'usufruit aucun texte pareil à notre article 690, qui exige absolument *une possession de trente ans;* et puis, grande est la différence entre l'usufruit et les servitudes; l'usufruit a une existence propre; il peut être hypothéqué, exproprié *per se* (art. 2118, 2204); surtout, il se manifeste par une possession dont la publicité ne le cède en rien à la possession de la pleine propriété elle-même.

Concluons donc que la possession de trente ans est toujours nécessaire, comme mode d'acquérir les servitudes. Nous retrouverons plus bas (sur l'article 706) une question, qui offre avec celle-ci quelque analogie, et sur

laquelle même ont été rendus quelques-uns des arrêts que nous allons citer (comp. Cass., 10 déc. 1834, Floret, D., 1835, I, 65; Lyon, févr. 1837, Floret, Dev., 1837, I, 506 en note; Orléans, 31 déc. 1835, Jousselin, Dev., 1836, II, 5; Cass., 20 déc. 1836, mêmes parties, Dev., 1837, I, 146; Bordeaux, 29 mai 1838, Hoffman, Dev., 1838, II, 342; Cass., 18 nov. 1845, Lacombe; Cass., 31 déc. 1845, Wolf, Dev., 1846, I, 74 et 106; Cass., 14 nov. 1853, de Fontette, Dev., 1854, I, 105; Toullier, t. III, n° 630; Pardessus, t. II, n°s 268 et 284, note *f*; Solon, n° 396; Zachariæ, t. II, p. 76; Marcadé sur l'article 690, n° 2; Coulon, *Quest. de dr.*, t. II, p. 377; Bressolles, *Revue de dr. français*, t. V, p. 744; Curasson, *Code forest.*, t. II, p. 282).

782. — Au reste, en admettant même que l'on pût invoquer, en matière de servitudes, l'application de l'article 2265, du moins faudrait-il que le titre, sur lequel l'acquéreur fonderait sa bonne foi et sa possession, lui eût été consenti par le propriétaire putatif de l'immeuble prétendu assujetti, c'est-à-dire par celui qui, s'il eût été véritable propriétaire de cet immeuble, aurait pu valablement le grever de la servitude. Demante professe toutefois le sentiment contraire; et notre regretté maître enseigne que : « le titre pourrait émaner soit du possesseur du fonds prétendu servant, qui aurait vendu ou donné une servitude sur ce fonds, soit du vendeur ou donateur du fonds prétendu dominant, qui, dans l'aliénation de ce fonds, aurait annoncé l'existence de la servitude active.» (T. II, n° 546 *bis*, IV.)

Mais nous ne croyons pas pouvoir admettre cette doctrine : nul ne peut se faire un titre à soi-même; en conséquence, on ne saurait considérer comme un titre la déclaration émanée du propriétaire du fonds dominant, que l'héritage du voisin est grevé d'une servitude (*supra*, n°s 752, 753). La vérité est qu'il n'y a là aucun titre d'aucune espèce, ni constitutif (art. 690) ni récognitif (art.

695). Il n'y a qu'une simple énonciation, qui est évidemment insuffisante pour créer une servitude sur le fonds voisin, et qui dès lors ne saurait être invoquée par le tiers acquéreur comme un élément de sa bonne foi et de sa possession. Ajoutons que, dans ce cas, il n'y a rien non plus à reprocher au véritable maître de l'héritage prétendu asservi, qui n'a laissé occuper indûment sa propriété par personne (comp. notre tome IX, nos 597, 598; Cass., 10 déc. 1834, Floret, D., 1835, I, 65; Cass., 16 juill. 1849, Lée, Dev., 1849, I, 545; Lemaître, cout. de Paris, tit. IX, chap. I, art. 213, 215; Houard, *Dict. du droit normand*, t. IV, p. 201; Toullier, t. II, n° 631; Belime, *de la Possession*, n° 261).

783. — Les servitudes continues et apparentes, qui peuvent être établies par la prescription, peuvent, à plus forte raison, une fois établies, être augmentées et étendues par le même moyen.

Il est vrai que c'est seulement en ce qui concerne l'extinction par le non-usage, que l'article 708 dispose que :

« Le mode de la servitude peut se prescrire comme la « servitude même, et de la même manière. »

Mais l'argument *a contrario*, toujours si périlleux, serait ici particulièremeut mal fondé; et on n'en saurait conclure que la possession trentenaire ne peut pas faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux d'une servitude continue et apparente; l'article 690 réclame évidemment, suivant nous, une solution contraire (comp. Duranton, t. V, nos 606, 608; Zachariæ, t. II, p. 77).

784. — On peut toutefois se demander si cette doctrine serait applicable même au cas où la servitude continue et apparente aurait été établie par titre.

Je vous ai, par exemple, autorisé à ouvrir sur mon fonds une fenêtre à fer maillé; et vous vous êtes d'abord conformé aux conditions d'exercice de la servitude concédée. Puis ensuite, vous avez supprimé le fer maillé;

et il y a trente ans que vous avez une fenêtre libre sur mon héritage.

Ou bien, c'est une fenêtre libre de quatre pieds que je vous avais concédé le droit d'avoir sur mon fonds ; et vous avez pratiqué et conservé depuis trente ans une fenêtre de six pieds.

Puis-je encore maintenant vous contraindre à rentrer dans les conditions de votre titre?

Plusieurs textes de droit romain favoriseraient l'affirmative ; et c'est dans une hypothèse à peu près semblable que Marcellus concluait ainsi : *non autem conceditur plus quam pactum est, in servitute habere* (L. 11, princ. ff., *Quemad. servit. amitt.*: ajout. L. 9, § 1, *Si servit. vindic.*). Est-ce qu'en effet le titre n'est pas un obstacle à l'extension de la servitude? *Titulus perpetuo clamat*, a-t-on dit; et voilà pourquoi l'article 2240 dispose que l'on ne peut pas prescrire contre son titre ; le propriétaire du fonds servant, lui! se fie au titre qu'il a consenti; et il ne peut pas toujours être là pour vérifier si le propriétaire du fonds dominant s'y conforme ou s'en écarte (c omp. Demante, t. II, n° 567 *bis*, I).

Cette doctrine toutefois ne nous paraît pas fondée ; et voici notre réponse :

S'il est vrai que l'on ne puisse pas prescrire *contre son titre*, c'est seulement en ce sens *qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession* (art. 2240); mais on peut, au contraire, prescrire *au delà de son titre* ;et cette dernière maxime est applicable en matière de servitude comme en toute autre; or, dans notre hypothèse, le maître du fonds servant n'a pas fait autre chose que de prescrire au delà de son titre; donc, il a pu étendre ainsi et améliorer le mode d'exercice de la servitude que son titre lui concédait, puisque la possession de cette servitude continue et apparente, en tant qu'elle outrepassait le titre et qu'elle allait *au delà*, était susceptible d'engendrer la prescription (art. 690).

Il est vrai que les jurisconsultes romains sont contraires à cette doctrine; mais c'est qu'à Rome, on n'admettait pas que le mode de la servitude pût être changé par la prescription, changé, dis-je, ni en mal ni en bien, ni diminué ni augmenté; en un mot, la doctrine consacrée par notre article 708 n'était pas reconnue (*infra*, n° 1020); or, ce principe est textuellement consacré chez nous; donc, l'argument déduit des lois romaines est aujourd'hui sans force sur ce point (comp. Cass., 9 août 1813, Comitis, D., 1813, I, 498; Cass., 9 nov. 1826, de Saucy, D., 1827, I, 44; Dunod, *des Prescript.*, p. 298; Pardessus, t. II, n° 286; Dupret, *Revue du droit français et étranger*, t. III, p. 818, 820; Proudhon, *des Droits d'usage*, n° 102; Curasson sur Proudhon, *loc. cit.*, n° 105).

784 *bis*. — Ce qui importe seulement, en cas pareil, et lorsque l'on prétend que la servitude a été étendue au delà du titre par l'effet de la possession, c'est que cette possession ait eu un caractère bien précis et bien déterminé qui puisse faire supposer la concession, expresse ou tacite, de cette extension de la servitude.

C'est particulièrement à l'égard de celles des servitudes continues, dont l'exercice est intermittent et périodique, qu'il faudra veiller à cette condition.

M. Dupret suppose que, ayant un droit de prise d'eau, qui doit, d'après mon titre, s'exercer tous les jours de six heures du matin à midi, je prouve que la vanne est presque toujours restée levée jusqu'à trois heures de l'après-midi; et il demande si j'aurai acquis cette extension de la servitude.

Nous sommes tout à fait de l'avis de l'honorable professeur de l'Université de Liége, lorsqu'il répond que cette question-là devra être résolue surtout d'après le caractère qu'aura eu, en droit, cette extension de possession. Mais, en règle générale, sur un fait ainsi posé, nous admettrions l'extension de la servitude (comp. *Revue de droit franç. et étr.*, t. III, p. 820).

785. — B. Voici maintenant, en ce qui concerne les autres espèces de servitudes, comment l'article 691 s'exprime :

« Les servitudes continues non apparentes, et les ser-
« vitudes discontinues, apparentes ou non apparentes,
« ne peuvent s'établir que par titres.

« La possession même immémoriale ne suffit pas pour
« les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer au-
« jourd'hui les servitudes de cette nature, déjà acquises
« par la possession, dans les pays où elles pouvaient
« s'acquérir de cette manière. »

Que les servitudes non apparentes, discontinues ou continues, ne puissent pas s'acquérir par la possession, cela est tout simple; car elles ne sont pas publiques, c'est-à-dire qu'elles manquent de l'une des conditions les plus essentielles de la possession à l'effet d'acquérir (art. 2229).

786. — Mais pourquoi les servitudes apparentes, lorsqu'elles sont discontinues, ne peuvent-elles pas s'acquérir par la possession?

Plusieurs jurisconsultes ont expliqué cette disposition de notre article 691, en disant que la possession des servitudes *discontinues* n'était pas *continue*, ainsi que l'exige l'article 2229, et que tel était le motif de leur imprescriptibilité (comp. Delvincourt, t. I, p. 172, note 1; Duranton, t. V, n° 578; Marcadé, art. 690, n° 1; Demante, *Programme*, t. III, p. 539; Pardessus, t. II, n° 276; Taulier, t. II, p. 444).

Il faut convenir que cette explication paraît, à première vue, fort naturelle; car les mots *discontinue* de l'article 691, et *continue* de l'article 2229, semblent bien se correspondre, et devoir exprimer la même idée. Le jurisconsulte Paul fournit même un puissant appui à cette doctrine, dans la loi 14, princ., au Digeste (*de Servitutibus*).

Nous ne croyons pas pourtant, malgré cette ressemblance des mots, que les idées soient les mêmes.

Quel est, dans l'article 2229, le sens de ce mot: *continue?* Veut-il dire qu'il est nécessaire que la possession à l'effet de prescrire n'ait pas d'intermittences, et qu'aucun intervalle ne sépare les actes de jouissance dont elle se compose? Mais, à ce compte, aucune possession ne serait continue! Les actes même les plus significatifs et les plus répétés de jouissance, que l'on exercerait sur un champ en labourant, en semant, en récoltant, n'auraient jamais ce caractère! et la possession des maisons elles-mêmes en manquerait toujours aussi; car enfin on ne se tient pas, et on ne peut pas toujours se tenir chez soi sans bouger! Telle ne peut donc pas être l'acception du mot *continue,* dans l'article 2229.

Lorsque le législateur exige que la possession soit *continue*, ce qu'il veut, c'est qu'elle ait été persévérante; c'est qu'elle n'ait pas été abandonnée et reprise; c'est que le possesseur enfin n'ait pas cessé d'exercer les actes de jouissance, dont la possession est susceptible, eu égard à la chose qui en est l'objet, et aux époques plus ou moins rapprochées ou éloignées, auxquelles ces actes de jouissance devraient seulement se renouveler; car la possession une fois acquise, *corpore et animo*, se conserve par la seule intention, *animo tantum* (*voy.* notre tome IX, n° 479). La possession d'un fonds est donc parfaitement *continue,* dans le sens de l'article 2229, lors même que le possesseur serait resté plusieurs mois sans y revenir, s'il y revient toutes les fois que l'exige l'espèce de culture et d'exploitation de ce fonds (comp. Cass., 4 juill. 1838, Davy, Dev., 1838, I, 882; Cass., 3 juin 1839, commune de Flomonville, Dev., 1839, I, 621; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. VII, sect. I, n° 4);

Or, la possession peut être certainement continue, en ce sens, pour les servitudes dites *discontinues;* et quand, par exemple, j'exerce plusieurs fois par jour peut-être, sur le fonds de mon voisin, une servitude de passage ou de puisage, il est évident que ma possession s'exerçant

par ces actes répétés et multipliés, est, sous ce rapport, aussi continue que la possession d'un champ, sur lequel je ne vais qu'à d'assez longs intervalles pour les besoins de l'exploitation ;

Donc, si les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par prescription, ce n'est point parce que la possession n'en serait pas *continue*, dans le sens de l'article 2229.

Le vrai motif de cette imprescriptibilité, c'est que la possession de ces sortes de servitudes est toujours réputée équivoque et à titre précaire (art. 2229, 2232) ; c'est que le législateur a présumé, de plein droit, qu'elle était toujours le résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage. Il n'y a pas vu cette double condition toujours nécessaire dans la possession à l'effet d'acquérir, d'une part, la volonté, dans celui qui l'exerce, d'acquérir un droit ; d'autre part, dans celui sur le fonds duquel elle est exercée, l'abandon de son propre droit et le consentement à l'établissement de la servitude. Et cette présomption, basée sur la vérité des faits, sur l'expérience, est aussi éminemment conforme à l'intérêt privé de tous les propriétaires non moins qu'à l'intérêt général de l'État. N'est-il pas évident que si la loi eût attaché à ces relations de bon voisinage le germe d'une prescription, elle aurait rendu la propriété défiante, égoïste, intraitable ! Et ce qu'elle veut, tout au contraire, c'est de la civiliser, de la rendre sociable et humaine ! c'est de porter dans toutes ces relations de voisinage, la paix, l'harmonie, la tolérance réciproque et les bons offices. Et voilà pourquoi elle a rassuré les propriétaires, en leur déclarant que cette tolérance et ces bons offices ne deviendraient jamais contre eux la cause d'une servitude passive (comp. Ferrière, sur l'article 186 de la cout. de Paris ; Toullier, t. II, nos 621 et 623 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VIII, nos 3583 et 3588 ; discours du tribun Gillet au Corps législatif, en présentant le titre *des Ser-*

vitudes le 10 pluviôse an XII; Belime, *de la Possession*, nos 256 et 256 *bis;* ajout. aussi Marcadé, sur l'art. 2229, n° 1; Machelard, *Revue de législat.*, 1867, t. XXXI, p. 120.)

787. — C'est une question fort controversée que celle de savoir si les servitudes discontinues, soit apparentes, soit même non apparentes, ne peuvent pas, sous certaines conditions, être acquises elles-mêmes par la prescription.

Cette question peut s'élever dans trois hypothèses :

A. Lorsque le propriétaire du fonds prétendu dominant a acquis de bonne foi et en vertu d'un juste titre, la servitude *a non domino*, c'est-à-dire de celui qu'il croyait être le véritable propriétaire du fonds prétendu servant;

B. Lorsqu'il y a eu contradiction formée contre le droit du propriétaire du fonds prétendu assujetti;

C. Enfin, lorsqu'il y a eu tout à la fois un titre coloré et une contradiction, qui a été fondée sur ce titre.

788. — A. Nous supposons d'abord que celui qui a exercé la servitude, produit un titre émané de celui qu'il regardait de bonne foi comme le propriétaire du fonds prétendu assujetti.

A-t-il pu, dans ce cas, l'acquérir par la prescription?

Et, en cas d'affirmative, quelle sera la durée de cette prescription? Trente ans, ou bien seulement dix ou vingt ans?

Pour soutenir que les servitudes discontinues peuvent alors être acquises par la prescription, on a invoqué d'abord les traditions soit des anciens pays de droit écrit, soit des pays coutumiers, où la prescription de ces sortes de servitudes, fondée sur un titre coloré, était effectivement admise (comp. Balbus, *de Præscript.*, IIe part., chap. I, nos 3 et 4; Cœpolla, *de Servit. præd. urb.*, cap. XIX, nos 7 et suiv.; d'Argentré, art. 271 de la cout. de Bretagne, v° *sous-titre;* Dunod, *des Prescript.*, p. 292; Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 8).

Puis, afin d'établir que ces traditions ont été main-

tenues par notre Code, on a fait le double argument que voici :

1° Le motif qui s'oppose à ce que les servitudes discontinues soient prescriptibles, c'est que la possession en est présumée précaire et de simple tolérance;

Or, l'existence d'un titre purge précisément la possession de ce vice de précarité; car il est clair que le propriétaire du fonds prétendu dominant entend alors l'exercer *jure servitutis;*

Donc, la raison qui faisait obstacle à la prescription a désormais disparu.

2° Le texte de l'article 691 se prête d'ailleurs très-bien à cette interprétation ; il exige, à la vérité, un titre pour l'établissement des servitudes discontinues ; or, précisément, dans notre espèce, il y a un titre (comp. les *Considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juill. 1849, Lée, Dev., 1849, I, 545; Malleville, sur l'article 691, où il qualifie d'*insoutenable* la thèse contraire; Toullier, t. II, nos 629, 630; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. VIII, n° 3529; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. III, § 5, n° 2; Solon, n° 553; Poncet, *des Actions*, n° 96; Belime, *de la Possession*, nos 258-260).

Nous croyons, pour notre part, que cette doctrine est absolument contraire aux textes formels de notre Code et aux principes nouveaux, qu'ils ont consacrés dans cette matière :

1° Aux termes de l'article 691, les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, *ne peuvent s'établir que par titre.*

Or, que veut dire ce mot *titre?* Peut-on l'entendre dans le sens d'un titre seulement coloré, impuissant à créer par lui-même la servitude et qui ne pourrait servir qu'à la rendre susceptible de la possession à l'effet de prescrire?

Évidemment non !

Et deux arguments péremptoires vont prouver qu'il ne

s'agit ici que du titre émané du véritable maître du fonds assujetti, et qui est, par lui seul, immédiatement constitutif de la servitude :

D'une part, en effet, on ne saurait méconnaître que le mot *titre* est employé, par l'article 691, dans la même acception que par l'article 690;

Or, dans l'article 690, le mot *titre* signifie certainement la concession constitutive de la servitude émanée du véritable propriétaire de l'héritage servant ;

Donc, telle est aussi l'acception de ce même mot employé immédiatement par le législateur dans l'article 691 ; et la preuve en est encore dans l'article 695, qui ne considère, en cette matière, comme *titre*, que celui qui est *constitutif* et qui est émané du propriétaire du fonds asservi.

D'autre part, la servitude, dans notre hypothèse, serait acquise *par la prescription et non point par le titre;* on n'a jamais dit, en effet, ni pu dire que l'acquéreur *a non domino*, avec titre et bonne foi, acquérait par titre ! il n'acquiert évidemment que par la prescription; et le titre n'aurait ici pour résultat que de rendre la possession utile à l'effet de lui faire acquérir la servitude par prescription ;

Or, d'après le texte formel de l'article 691, ces sortes de servitudes ne peuvent s'acquérir *que par titre;* le texte exclut, de la façon la plus radicale, toute possession : *la possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir;*

Donc, jamais, et en aucun cas, ces servitudes ne peuvent s'établir par la prescription !

Et voilà bien ce que déclare encore l'article 695, en disant que le titre constitutif de la servitude, *à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription,* ne peut être remplacé, etc. ; il y a donc, dans notre droit, des servitudes *qui ne peuvent s'acquérir par la prescription;*

Or, la vérité est que, d'après la doctrine que nous combattons, il n'y en aurait pas, puisque, du moins avec un titre coloré, les servitudes discontinues pourraient elles-mêmes être acquises de cette manière;

Donc, cette doctrine est la violation manifeste de nos articles 691 et 695.

2° Vainement donc on invoque les traditions anciennes.

D'abord, quant à celles des anciens pays de droit écrit, elles ne sauraient avoir d'autorité, parce qu'on y suivait, en général, les principes du droit romain où toute espèce de servitude pouvait s'acquérir *longo usu, longa possessione,* même sans titre.

Et, quant aux anciennes provinces coutumières, particulièrement en ce qui concerne les coutumes de Paris et d'Orléans, leurs dispositions étaient bien différentes de celles de nos articles 691 et 695; c'est ainsi, par exemple, que l'article 186 de la coutume de Paris portant que le *droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance sans titre,* on avait pu en conclure, *a contrario,* qu'il pouvait s'acquérir *par longue jouissance avec titre;* et c'est là ce que disait effectivement Pothier : *ma possession n'est pas, en ce cas, destituée de titre* (*loc. supra cit.*). Donc, c'était par la possession que la servitude était alors acquise; or, chez nous, la possession, encore une fois, est toujours sans aucune valeur, puisque la servitude discontinue ne peut s'acquérir que *par titre!*

3° On prétend que le titre coloré purge le vice de précarité de la possession!

Eh! vraiment non! Est-ce que le caractère de cette possession ne demeure pas, au contraire, évidemment toujours le même à l'égard du véritable propriétaire rentré dans la possession de son héritage? Est-ce qu'il ne peut pas dire toujours, lui! que ce n'est que par simple tolérance qu'il a laissé son voisin passer sur son fonds ou puiser de l'eau à sa fontaine? Sans doute! Donc, le

vice de la possession n'est pas purgé en ce qui le concerne; et rien ne serait plus inique et plus dangereux que cet effet d'interversion de possession qu'on voudrait attribuer à un titre qui lui est étranger.

4° Ajoutons enfin que les auteurs qui professent la doctrine que nous combattons, ne s'entendent pas entre eux sur le point de savoir quelle serait, dans ce cas, la durée de la prescription : les uns, voulant qu'elle soit de trente ans, d'après l'article 690; les autres, plus conséquents, suivant nous, admettant qu'elle sera de dix ou vingt ans, d'après l'article 2265 qu'ils invoquent pour rendre la servitude prescriptible, et qu'il est alors, en effet, fort difficile de ne pas prendre tout entier.

Mais ni les uns ni les autres ne sont, suivant nous, dans le vrai; et nous concluons que l'existence d'un titre coloré ne saurait, en aucune manière, rendre ces sortes de servitudes prescriptibles (comp. Delvincourt, t. I, p. 164, note 5; Duranton, t. V, n° 593, note 3; Zachariæ, t. II, p. 78; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 629, note 1; Vazeille, *des Prescript.*, t. I, n° 416; Troplong, *de la Prescript.*, t. II, n° 857; Demante, t. II, n° 546 *bis*, II).

789. — B. Supposons maintenant qu'il n'y a pas de titre coloré, mais que celui qui prétend avoir acquis la servitude, l'a exercée pendant trente ans à partir de la contradiction qu'il a opposée au droit du propriétaire.

Vous avez voulu m'empêcher de passer sur votre fonds ou de puiser de l'eau à votre fontaine; je vous fais signifier une sommation, afin que vous ayez à vous abstenir de tout empêchement semblable; et vous vous abstenez en effet; et pendant trente ans, *a die contradictionis*, j'ai exercé le droit de passage ou de puisage.

Pouvez-vous à présent vous y opposer?

Les auteurs nous paraissent être, sur toutes ces questions, bien divisés!

Ainsi, tandis que M. Troplong, qui admet que la servitude discontinue ne peut pas s'acquérir par prescrip-

tion en vertu d'un titre coloré (*de la Prescription*, t. II, n° 857), la déclare, au contraire, prescriptible, en vertu de la contradiction opposée au droit du propriétaire (t. I, n° 393; ajout. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VIII, n°s 3583 et 3585; Solon, n° 398);

M. Belime, en sens inverse, qui repousse la prescriptibilité de ces servitudes *a die contradictionis* (n° 257), prétend, au contraire, qu'elles deviennent prescriptibles, en vertu d'un titre coloré (n° 258).

Pour notre part, nous pensons que la même solution doit être donnée dans les deux cas, et que la prescription de ces sortes de servitudes n'est pas plus possible en vertu de la contradiction opposée au droit du propriétaire qu'en vertu d'un titre coloré.

Notre argument est, en effet, ici toujours le même :

D'après l'article 691, les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que *par titre;*

Or, la contradiction apparemment n'est pas un *titre!*

La contradiction! elle n'est que le fait du propriétaire du fonds prétendu dominant; or, on ne peut pas se faire de titre à soi-même (art. 695). J'ai pu, par différents motifs, ne pas donner suite à mon projet de vous empêcher de passer sur mon fonds ou de puiser de l'eau à ma fontaine, sans pour cela reconnaître la légitimité de vos prétentions; et il serait bien étrange que vous eussiez le droit de me mettre dans l'alternative forcée ou de me clore, ou de vous faire un procès, et de vous empêcher de passer, quand je veux bien, moi! y consentir! On ne pourrait arriver à cette espèce d'interprétation de mon inaction et de mon silence, que par la voie des présomptions; or, les présomptions ne peuvent être admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (art. 1341, 1353).

En un mot, avez-vous un titre? non! donc, vous n'avez pas droit à la servitude.

Il est vrai que plusieurs de nos anciennes coutumes

(Nivernais, Berry, Bourbonnais) faisaient, en pareil cas, courir la prescription *a die contradictionis* (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 21, n° 5, et § 22); mais précisément, notre article 691 rejette tout à fait cette doctrine.

Il est vrai encore que l'article 2238 attribue dans un certain cas, à la contradiction qui est opposée au droit du propriétaire, l'effet de fonder une possession utile pour prescrire; mais la disposition spéciale de l'article 691 écarte de notre sujet l'application de l'article 2238 (comp. art. 2264), article qui, en effet, ne concerne que les choses ou les droits, qui sont susceptibles de la possession à l'effet de prescrire, et dont l'acquisition peut se faire autrement que par titres (comp. Duranton, t. II, n° 576; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 349, note 1; Taulier, t. II, p. 445; Pardessus, t. II, n° 276).

790. — C'est surtout lorsque la doctrine que nous combattons est appliquée aux servitudes négatives non apparentes qu'elle nous paraît inadmissible.

On a été jusque-là pourtant! On a enseigné que si un propriétaire, se disposant à bâtir ou à planter sur son fonds, le voisin lui a notifié une défense de le faire, et qu'aucune construction ni plantation n'ait eu lieu depuis trente ans, à partir de cette défense, le voisin a ainsi acquis la servitude *non ædificandi* sur l'héritage de ce propriétaire (comp. Valla, *de Rebus dubiis*, tract. VII, n° 10; Toullier, t. II, n° 637).

Il nous semble, au contraire, que malgré cette défense, dont le propriétaire à qui elle a été adressée, était bien libre de ne pas tenir compte, le fait, qu'il n'a ni bâti ni planté sur son héritage, conserve toujours son caractère essentiel d'acte de pure faculté (art. 2232; comp. Cass., 8 août 1837, Béthune, Dev., 1837, I, 679; Vazeille, *des Prescript.*, t. I, n° 414; Curasson sur Proudhon, *des Droits d'usage*, n° 1031).

791. — C. Enfin, réunissons en une seule les deux hypothèses qui précèdent; et supposons que la posses-

sion s'appuie sur une contradiction qui a été opposée au droit du propriétaire, précisément en vertu du titre coloré (*supra*, n° 787).

J'ai acquis de Primus, que je croyais propriétaire de l'immeuble A, la concession d'une servitude de passage, ou de puisage, ou même la servitude *altius non tollendi*, au profit de l'immeuble B, qui m'appartient. Primus est évincé par Secundus sur une action en revendication.

Je notifie alors à Secundus mon titre, avec défense de m'empêcher de passer sur son fonds, ou de puiser de l'eau à sa fontaine, ou d'élever un bâtiment, soit que Secundus n'ait encore rien fait de contraire à la servitude que je réclame, soit qu'il ait déjà commencé des travaux ou pris des dispositions qui auraient eu pour résultat de m'en priver.

J'ai continué de jouir de la servitude paisiblement pendant trente ans, à partir de cette notification de mon titre.

Cette servitude m'est-elle désormais acquise?

Oui, a-t-on répondu; le titre et la possession se complètent alors l'un par l'autre. Non-seulement, dans ce cas, la possession a perdu son caractère de précarité par l'effet de ce titre; mais elle l'a perdu contradictoirement avec le propriétaire du fonds assujetti, qui n'a pas ignoré que c'était *jure servitutis*, et en vertu d'un titre, que cette possession était exercée sur son fonds; et ce propriétaire, ainsi formellement mis en demeure de contester ce titre, doit être réputé l'avoir approuvé et ratifié, par le consentement qu'il a donné à l'exécution de ce titre pendant trente ans (arg. de l'article 2262; Toullier, t. II, n° 637; Belime, *de la Possession*, n° 260; Jocotton, *des Act. civ.*, n° 211; Taulier, t. II, p. 444).

Nous convenons que cette hypothèse paraît favorable, et que l'on pourrait souhaiter que la loi s'en fût occupée pour maintenir alors la servitude au profit de celui qui l'a acquise *a non domino*.

Mais, dans l'état actuel des textes et des principes de notre droit sur cette matière, il ne nous paraît pas possible d'admettre que cette servitude soit acquise.

Notre argument est toujours le même ; et nous croyons qu'il est toujours aussi tranchant et aussi péremptoire dans toutes ces hypothèses sans distinction :

D'après l'article 691, les servitudes continues non apparentes, et discontinues, apparentes ou non apparentes, *ne peuvent s'établir que par titre;* et le titre, dans cet article, c'est la concession de la servitude émanée du véritable propriétaire du fonds assujetti (art. 695 ; *supra,* n° 788);

Or, vous n'avez pas de titre;

Donc, vous n'avez pas pu acquérir cette servitude.

Vous invoquez votre titre et votre possession réunis, qui se complètent, dites-vous, l'un par l'autre.

Votre titre ! mais il n'est nullement opposable au propriétaire; il est, à son égard, *res inter alios acta;* et malgré votre notification et votre défense, il n'était nullement obligé d'en faire prononcer contre vous la nullité.

Votre possession ! mais fût-elle immémoriale, elle ne vous servirait à rien ! (Art. 691, 2e alinéa.)

Comment donc ces deux éléments, qui ne sont rien séparément, deviendraient-ils quelque chose ensemble!

Car enfin, il faut que l'on sache par quelle cause vous prétendez avoir acquis cette servitude :

Si c'est par titre?

Si c'est par prescription?

Il ne suffit pas d'invoquer confusément l'un et l'autre, sans s'appuyer précisément sur aucun d'eux.

Or, il est clair que vous n'avez pu acquérir la servitude, ni par votre titre, puisqu'il émane *a non domino,* ni par votre possession, puisque la servitude est aussi imprescriptible;

Donc, vous ne l'avez acquise effectivement d'aucune

manière (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 629, note *a*; Pardessus, t. II, n° 276).

791 *bis.* — La circonstance que la servitude ne serait exercée qu'au moyen d'actes de délivrance consentis par le propriétaire du fonds assujetti, ne nous paraîtrait pas devoir changer son caractère; elle n'en serait donc pas moins, dans ce cas, discontinue, et dès lors insusceptible d'être acquise par la prescription. Les articles 688 et 691 n'admettent, en effet, aucune distinction de ce genre; et celui-là même qui aurait, pendant plus de trente ans, consenti la délivrance de la marne, du sable, du bois, etc., qui faisait l'objet de la servitude, serait toujours fondé à demander la représentation d'un titre, s'il prétendait que son fonds ne doit pas de servitude.

A plus forte raison, doit-on considérer comme servitude discontinue celle qui consiste dans le droit de prendre, sans aucun acte de délivrance, du bois ou de la marne, ou toute autre substance dans le fonds du voisin, pour la réparation d'un bâtiment ou pour l'exploitation d'un héritage. Proudhon a enseigné pourtant que le droit d'extraire de la pierre ou du sable pour construction d'édifice, est prescriptible par trente ans, parce que, suivant l'auteur, ce droit constituerait, non pas une servitude discontinue imprescriptible, mais un droit d'usage susceptible, au contraire, d'être acquis par la prescription (*de l'Usufruit*, t. II, n°s 3549, 3550 et 3642). Mais cette doctrine, contraire aux lois romaines (L. 6, § 1, ff. *de Servit. præ. rust.*), nous paraît également repoussée par les termes généraux de l'article 688, qui range au nombre des servitudes discontinues les droits de puisage, de pacage et autres semblables, c'est-à-dire les autres servitudes dont l'exercice consiste en faits de possession directe et de jouissance effective sur le fonds d'autrui, *arenæ fodiendæ*, *lapiis eximendi*.

Il est d'ailleurs bien entendu que nous ne parlons pas ici des droits d'usage dans les bois, qui ont toujours été,

dans l'ancien comme dans le nouveau droit, régis par les dispositions spéciales (comp. Lorraine, titre XIV et XV; Nivernais, tit. XVII et XVIII; art. 636, C. Napol.; art. 119, 120, etc., du Code forestier; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Usage*).

792. — La possession qui est impuissante à créer les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes (art. 691), ne saurait évidemment non plus aggraver, ni étendre, ni modifier celles qui auraient été créées en vertu d'un titre (comp. Zachariæ, t. II, p. 77; Duranton, t. V, n° 607; *supra*, n° 783).

Je vous ai concédé le droit de passer sur mon fonds, et de pratiquer, à cet effet, dans votre mur une petite porte fermée par une barrière. Vous y avez ouvert une grande porte qui n'est pas fermée; et vous exercez ainsi votre droit de passage depuis trente ans. Je n'en puis pas moins encore aujourd'hui vous forcer de revenir aux conditions de votre titre; car vous n'avez pu acquérir, par prescription, un mode d'exercice plus avantageux d'une servitude discontinue. Cette aggravation était aussi imprescriptible que la servitude elle-même (art. 691; L. 10, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; *infra*, n°s 1020 et suiv.).

793. — La solution, qui précède, doit-elle être appliquée, même en ce qui concerne la détermination de l'endroit par lequel la servitude devra s'exercer?

La négative nous paraît certaine, si on suppose que le titre ne détermine pas ou ne détermine que d'une manière équivoque et incertaine, le lieu de l'exercice de la servitude qu'il établit. La possession alors, c'est-à-dire l'exécution même du titre par les parties, devait être considérée comme le mode le meilleur d'interprétation de leurs volontés; et si, par exemple, il s'agissait d'un droit de passage ou de puisage, qui eût été exercé pendant trente ans par le même endroit, cette possession

trentenaire aurait pour effet de déterminer irrévocablement, entre les parties, le lieu d'exercice de la servitude; car la possession, considérée comme mode d'interprétation de la volonté des parties, pourrait même servir à déterminer le plus ou moins d'étendue de la servitude elle-même, et le mode plus ou moins onéreux de son exercice (comp Cass., 9 nov. 1824, Chiron, Sirey, 1825, I, 342; Cass., 29 fév. 1832, comm. de Tarastex, D., 1832, I, 375; Pardessus, t. II, n° 286; Curasson sur Proudhon, n° 104.)

794. — Mais la question est beaucoup plus délicate, si on suppose, au contraire, que le titre constitutif de la servitude détermine précisément l'endroit par lequel elle devra s'exercer.

Voici comment s'exprime, à cet égard, Duranton :

« Si, ayant eu le droit de passer sur telle partie bien déterminée de votre fonds, j'ai constamment passé, depuis trente ans, sur la partie opposée, on peut soutenir que l'ancien mode est éteint par le non-usage, et que le nouveau mode n'est pas acquis par la prescription. *Ce dernier point est incontestable, puisque la servitude de passage est discontinue.* Ce qui est seul susceptible de difficulté, c'est le point de savoir si au moins la servitude n'a pas été conservée à la charge de l'exercer d'après l'ancien mode, dans le cas où le maître du fonds assujetti voudrait s'opposer à ce que le nouveau fût encore suivi; mais on doit tenir pour la négative.... » (T. V, n° 607.)

Et tel est aussi le sentiment de Pardessus (t. II, n° 304; ajout. Devilleneuve, *Observations*, 1843, II, 101, note 3.)

Ne serait-il pas plus vrai de dire, au contraire, que même dans ce cas, l'exercice pendant trente ans, de la servitude de passage par un endroit different de celui qui avait été déterminé par le titre, doit avoir pour effet de déplacer l'assignation primitive, et de la reporter sur le lieu où le passage s'exerce depuis trente ans?

Il faut convenir, en effet, que la doctrine qui déclare, dans ce cas, la servitude éteinte par le non-usage, est véritablement bien rigoureuse! (Comp. Zachariæ, t. II, p. 89); aussi, croyons-nous qu'il est possible de la combattre avec avantage :

Ce que l'article 691 défend d'acquérir par la possession, c'est la servitude elle-même ou un mode quelconque d'exercice de cette servitude; et cela parce que la possession en est réputée précaire (art. 2232);

Or, dans notre hypothèse, la servitude elle-même est acquise en vertu d'un titre; le fonds du droit est certain;

Donc, l'article 691 n'est pas applicable; et la possession n'a ici aucun caractère de précarité.

De quoi donc s'agit-il seulement? d'une question purement accessoire et toute d'exécution d'un droit d'ailleurs reconnu. Le propriétaire du fonds dominant ne demande pas une autre servitude que celle qui lui est concédée par son titre, ni un autre mode d'exercice de cette servitude; l'assignation de l'endroit par lequel le passage s'exerce, ne saurait être effectivement considérée, en général, comme constituant dans le sens technique de ces mots, *un mode de la servitude;* et la preuve en est d'une part, que le propriétaire du fonds assujetti pourrait en demander le déplacement (art. 701); et d'autre part, que si par des circonstances accidentelles, la servitude ne pouvait plus s'exercer par l'endroit qui a été assigné à son exercice, le propriétaire du fonds dominant pourrait lui-même demander à l'exercer par un autre endroit (*infra*, n° 1031); la détermination du lieu de l'exercice en est donc un élément pour ainsi dire extrinsèque, accessoire, susceptible de changement et de modification;

Or, après trente ans de possession, la présomption est précisément que cette modification et ce changement ont eu lieu entre les parties;

Donc, la possession trentenaire doit servir de règle entre elles, lorsqu'il s'agit seulement de déterminer le lieu d'exercice de la servitude.

C'est ainsi que nous avons vu que, dans le cas d'enclave, lorsque la loi elle-même établit la servitude de passage, la détermination du lieu par lequel il devra s'exercer, peut être le résultat de la prescription; et cela, lors même que le côté, par lequel il s'exerce depuis plus de trents ans, ne serait pas le plus court du fonds enclavé à la voie publique ni l'endroit le moins dommageable (art. 685; *supra*, n° 624). Les parties sont présumées, au bout de trente ans, s'être arrangées sur ce point; or, cette présomption nous paraît être, dans tous les cas semblables, aussi juridique et aussi sage (comp. *infra*, n° 1031 ; Cass., 4 juil. 1838, Davy, D., 1838, I, 311 ; Aix, 22 avril 1839, Mittre, D., 1842, I, 212; Caen, 27 août 1842, Aze, Dev., 1843, II, 101 ; Caen, 15 mai 1840, Lebel, *Rec. de Caen*, t. XII, p. 570, et Dev., 1849, II, 664.)

795. — La possession de ces sortes de servitudes (art. 691) peut-elle du moins servir :

Soit à les conserver ou à les empêcher de s'éteindre par le non-usage;

Soit à les faire renaître, après qu'elles auraient ainsi été perdues?

A les conserver? évidemment oui! car aux termes de l'article 707, elles ne commencent à s'éteindre, par le non-usage, que *du jour où on a cessé d'en jouir;* donc, elles ne s'éteignent pas tant qu'on en jouit; et les faits de jouissance sont, dans ce cas comme toujours, très-certainement susceptibles d'être prouvés par témoins (comp. *supra*, n° 755 ; Cass., 13 janv. 1840, Bouissy, 1840, I, 417; Cass., 15 fév. 1842, Duvivier, Dev., 1842; I, 344);

A les faire renaître, après qu'elles auraient été ainsi perdues?

Sur ce second point, il faut s'entendre, et bien poser notre question :

Si la servitude a été bien et dûment éteinte par le non-usage, il est clair qu'elle ne peut plus renaître par la possession ; on ne pourrait invoquer désormais qu'une servitude nouvelle ! et la possession ne peut pas la créer. (Comp. Cass., 7 juill. 1856, Arrosans, Dev., 1858, I, 776.)

Mais la servitude a-t-elle nécessairement été éteinte ? et ne peut-il pas arriver que la possession, même après l'expiration de trente ans de non-usage, l'empêche encore de s'éteindre ? Ceci est, suivant nous, autre chose.

Pardessus enseigne toutefois, d'une manière absolue, que la servitude est inévitablement et fatalement éteinte par le non-usage pendant trente ans (t. II, n° 286).

Mais pourtant on peut renoncer à la prescription acquise ; et cette renonciation peut être tacite et résulter d'un fait, qui suppose l'abandon d'un droit acquis (art. 2220, 2221) ; or, quel motif s'oppose à ce qu'on reconnaisse, en fait, que le propriétaire du fonds servant, qui, après l'expiration de trente ans de non-usage, a consenti à ce que la servitude s'exerçât, a renoncé à invoquer la prescription ? La servitude alors n'aura pas été éteinte ; et comme il ne s'agit pas de la réacquérir, il ne serait pas nécessaire que la possession eût duré trente ans depuis l'expiration des trente années de non-usage (comp. *infra*, n° 1019 ; Orléans, 21 déc. 1835, Jousselin, Dev., 1836, II, I ; Duplessis, cout. de Paris, art. 186 ; Auroux, cout. de Bourbonnais, art. 519, n° 7).

796. — Vous avez acquis, par la possession de trente ans, une partie de mon champ, sur lequel, de mon côté je n'ai pas cessé d'exercer un droit de passage, pendant tout le temps de votre possession.

Puis, lorsque vous êtes devenu propriétaire du champ, vous me demandez en vertu de quel titre j'exerce sur

vous un droit de passage; et vous m'objectez que cette servitude ne peut pas s'acquérir par la possession.

Je n'ai rien de mieux à faire, en cas pareil, que de vous demander à mon tour en vertu de quel titre vous êtes devenu propriétaire de ce champ, qui était le mien; et lorsque vous invoquerez votre possession trentenaire et la prescription qui s'en est suivie, je vous répondrai par la maxime : *Tantum prescriptum quantum possessum.* Vous n'avez possédé que sous la réserve de la servitude de passage; donc, vous n'avez prescrit que sous cette réserve. Et moi, je n'ai pas acquis par prescription la servitude de passage; c'est seulement un droit que je n'ai pas perdu et qui s'est trouvé retenu, à mon profit, sur la partie de mon fonds, que votre possession vous a fait acquérir (comp. *supra*, n°s 583 et 594; Caen, 17 mai 1847, Lefèvre, *Rec. de Caen*, t. XI, p. 309).

797. — La question s'est plusieurs fois élevée de savoir si la possession ou l'usage pendant plus de trente ans, d'un sentier ou passage par les habitants d'une commune, sur l'héritage d'un particulier, peut leur faire acquérir la servitude de passage.

La négative nous paraît certaine, d'après les termes de la question, telle que nous venons de la poser. Non! la servitude de passage, qui est discontinue, ne peut pas être acquise sur un héritage privé, par la possession, même immémoriale; l'article 691 est, à cet égard, absolu; et il ne fait pas d'exception pour le cas où le passage aurait été exercé par les habitants d'une commune (comp. Grenoble, 27 janv. 1843, Coppier, Dev., 1844, II, 168; Cass., 15 févr. 1847, comm. de Courtry, Dev., 1847, I, 456; Cœpolla, *de Servit.*, tract. II, cap. III; Garnier, *des Chemins*, p. 291; Vazeille, *des Prescriptions*, t. I, n° 95).

Mais la solution ne serait plus la même, s'il était reconnu en fait :

1° Que la commune a acquis la propriété même du sol, sur lequel le passage a été pratiqué, en y faisant des

travaux d'art quelconque (art. 2262; comp. Cass., 27 juin 1860, Lhermet, Dev., 1860, I, 728; Cass., 19 mars 1861, Nivet, Dev., 1861, I, 447);

2° Qu'il s'agit, non pas d'un sentier privé sur l'héritage d'un particulier (art. 637), mais d'une rue ou d'un chemin public (comp. Bourges, 30 janv. 1826, Sirey, 1828, II, 62; Cass., 14 févr. 1842, comm. de Saint-Jean des Vignes, Dev., 1842, I, 363; Cass., 2 déc. 1844, comm. de la Chapelle-Gontier, Dev., 1845, II, 26; Lyon, 17 févr. 1846, Moulin, Dev., 1846, II, 485; Cass., 16 juin 1858, comm. de la Rochénard, Dev., 1859, I, 624; Proudhon, *du Dom. publ.*, t. II, n° 631, 632).

798. — Dans quelques-unes de nos anciennes provinces, où les servitudes ne pouvaient pas s'acquérir par la possession sans titre, on avait néanmoins admis qu'elles pouvaient s'acquérir par la possession immémoriale, ou tout au moins centenaire.

Et le motif en était que cette possession elle-même était considérée comme un titre. Telle était, en effet, la doctrine de Dumoulin, qui la formulait en ces termes :

« Hujus modi tempus habet vim constituti, nec dici-
« tur præscriptio, sed titulus; et nunquam censetur ex-
« clusa etiam per legem prohibitivam nec per quæcum-
« que verba quamcumque præscriptionem excludentia. »
(Consil. 26, n° 24, 25.)

Pothier, sur l'article 224 de la coutume d'Orléans (note 3), adoptait ce principe; et à l'objection déduite de ce que le laps de temps, même le plus long, ne peut pas changer la qualité d'une possession qui a été précaire dans son début, il répondait que *le temps peut bien faire changer les présomptions touchant la qualité d'une possession dont on ne connaît pas l'origine.*

Notre Code n'a pas voulu que l'on pût faire revivre aujourd'hui cette théorie; et voilà pourquoi, après avoir déclaré que les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes,

ne peuvent *s'établir que par titres*, il a cru devoir ajouter que :

« La possession même immémoriale ne suffit pas pour « les établir. »

Il a considéré que la possession, qui avait été précaire à son origine, devait toujours être présumée telle (art. 2231); surtout, il n'a pas voulu qu'il y eût une époque, où fatalement les propriétaires fussent obligés, sous peine d'être déchus de leurs droits, de renoncer aux bons procédés et de se montrer mauvais voisins.

799. — Toutefois, comme la loi n'a point d'effet rétroactif (art. 2), l'article 691 ne veut pas qu'on puisse « attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà « acquises par la possession, dans les pays où elles pou- « vaient s'acquérir de cette manière. »

Déjà acquises; si donc elles ne l'étaient pas encore complétement à l'époque de la promulgation de notre titre *des Servitudes* (le 10 févr. 1804), lors même qu'il n'y aurait manqué qu'un seul jour pour faire les cent ans! la possession ayant immédiatement cessé d'être utile à l'effet de prescrire, la prescription n'aurait pas pu s'accomplir (comp. art. 2, 2281; Cass., 13 août 1810, Delpy, D., 1810, I, 408; Cass., 9 août 1813, Comitis, D., 1813, I, 498; Cass., 31 août 1825, Coiffard, D., 1825, I, 433; Cass., 2 mars 1831, Delaby, D., 1831, I, 120; Duranton, t. V, n° 579; Taulier, t. II, p. 446; Pardessus, t. II, n° 342; *voy.* aussi notre tome I, n°s 61-63).

800. — La preuve d'une possession immémoriale acquise dès le 10 février 1804, serait aujourd'hui bien difficile, si même elle n'est pas devenue déjà tout à fait impossible.

On exigeait autrefois que les témoins produits à cet effet fussent âgés de cinquante-quatre ans au moins, de manière qu'ils pussent déposer *de visu* pour quarante années de possession à partir de l'âge de quatorze ans, où ils étaient réputés avoir atteint l'âge de raison, et par ouï-

dire pour les années antérieures (Covarruvias, sur le chapitre *Possessor*, part. II, § 3, n° 7 ; Dunod, *des Prescriptions*, part. II, chap. XIV ; Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. II, § 24).

Or, comme, à ce compte, il faudrait que les témoins appelés pour fournir une telle preuve eussent atteint l'âge de cinquante-quatre ans au moins dès le 10 février 1804 (ce qui en ferait aujourd'hui des hommes plus que centenaires), il est clair que cette preuve est devenue désormais impossible, si on exige encore maintenant les conditions auxquelles elle était généralement soumise autrefois.

Et cette conclusion a été, en effet, adoptée par des arrêts et par des auteurs (comp. Agen, 8 janv. 1833, de Bouillon, Dev., 1833, II, 254 ; Paris, 15 mars 1834, Daugerot, Dev., 1834, II, 666 ; Duranton, t. V, n° 580 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 350 ; Belime, *de la Possession*, n° 263).

Toutefois, il faut remarquer que l'usage qui s'était introduit dans l'ancien droit, et d'après lequel on voulait que les témoins appelés à déposer d'une possession immémoriale, fussent âgés de cinquante-quatre ans, que cet usage, disons-nous, n'était fondé sur aucune loi, ni coutume, ni arrêt de règlement ; et que, par conséquent, il ne constitue pas aujourd'hui, pour les magistrats, une règle nécessairement obligatoire. Ajoutons d'ailleurs que la possession immémoriale s'établissait aussi autrefois, indépendamment de la preuve par témoins, par des actes, par d'anciennes énonciations, par des bornes, des inscriptions, par l'existence et l'ancienneté des ouvrages, etc. (comp. Pothier, sur l'article 225 de la coutume d'Orléans, n° 3 ; Dunod, *des Prescriptions*, part. II, chap. XIV).

Et, dans le silence de nos lois nouvelles à cet égard, nous pensons que l'on peut conclure, avec la Cour de cassation, « qu'il appartient aux cours et tribunaux d'apprécier les obstacles que peut présenter la preuve des

faits, qui remontent à des époques aussi éloignées, et que ces difficultés ne peuvent réagir sur la légalité de l'admission de cette preuve. » (Comp. Bruxelles, 9 août 1806, Mornicks, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, 2, II, 164; Cass., 9 nov. 1826, de Saucy, D., 1827, I, 44; Cass., 1er mars 1831, Delaby, D., 1831, I, 120; Cass., 20 nov. 1837, Balguerie, Dev., 1838, I, 272; Cass., 1er juillet 1839, Lamey, Dev., 1839, I, 649; Cass., 13 mai 1840, comm. de Messigny, Dev., 1840, I, 508; Pardessus, t. II, n° 342; Demante, t. II, n° 546 *bis*, V.; Taulier, t. II, p. 447.)

801. — Au reste, il est évident, dans toutes les opinions, que la seconde partie de l'article 691 ne forme qu'une disposition transitoire, et qu'à mesure qu'on s'éloigne de l'époque de la promulgation de notre titre, la preuve de cette possession immémoriale finira par devenir (si le moment n'en est même pas déjà arrivé) tout à fait impossible.

C'est donc fort justement, suivant nous, que l'on a décidé généralement que, dès l'époque de la promulgation de l'article 691, le propriétaire du fonds auquel était due une servitude fondée sur la possession immémoriale, avait eu le droit de demander un titre récognitif au propriétaire du fonds servant, afin de remplacer la preuve testimoniale, qui allait lui échapper par l'effet des lois nouvelles.

Quant aux frais de ce titre nouvel, et à ceux de la sommation extrajudiciaire par laquelle il aurait été demandé, ils nous paraissent devoir être supportés par le propriétaire du fonds dominant, dans l'intérêt duquel ils sont faits (*supra*, n° 756).

Si le propriétaire du fonds servant s'était refusé à consentir un titre récognitif, et s'il avait fallu l'assigner en justice, la règle générale serait alors que les frais de l'instance devraient être supportés par lui, s'il succombait; et toutefois, nous croyons encore qu'il appartiendrait aux

juges soit de compenser les dépens, soit même de les mettre en entier à la charge du propriétaire du fonds dominant, si le propriétaire du fonds servant avait déclaré qu'il n'entendait pas contester le droit de servitude, dans le cas où son fonds y serait soumis, mais qu'il demandait seulement la preuve de l'existence de cette servitude, et si, par exemple, il s'en était, à cet égard, rapporté à la justice (comp. art. 130, 131, procéd.; Duranton, t. V, n° 581).

802. — Quoique la seconde partie de l'article 691 ne réserve que les servitudes déjà acquises par la possession immémoriale avant la promulgation de notre titre, il est certain qu'il en est ainsi de toute servitude déjà acquise de quelque manière que ce soit, comme, par exemple, en vertu de la destination du père de famille. L'article 691 n'est, sous ce rapport, qu'une application du grand principe de non-rétroactivité posé dans l'article 2 (comp. Pardessus, t. II, n° 342).

803. — Mais aussi, en sens inverse et par application du même article 2, il faut décider que dans les provinces, où nulle servitude ne s'acquérait autrefois par prescription, on ne peut compter, à l'effet d'acquérir par prescription celles des servitudes qui en sont devenues aujourd'hui susceptibles, que la possession postérieure à la promulgation de notre titre du Code Napoléon (comp. Pardessus, t. II, n° 342; Demante, t. II, n° 546 *bis*, VI).

§ 2.

De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille.

SOMMAIRE.

804 — Exposition.
805. — Suite.
806. — Il ne paraît pas que les Romains aient admis la destination du père de famille comme mode d'établissement des servitudes.
807. — De la destination du père de famille dans nos anciens pays de droit écrit.

808. — Dans les anciens pays de coutume.

809. — Sous le Code Napoléon, la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. — Cette règle est applicable, de quelque manière que s'opère la séparation des deux héritages, par vente, partage ou autrement. — Motifs.

810. — Suite. — Explication de ces mots : *destination du père de famille.*

811. — Pour qu'il y ait destination du père de famille, il faut que l'arrangement d'où on veut la faire résulter : 1° ait été établi par le propriétaire lui-même; 2° et par lui, avec l'intention d'en faire un arrangement permanent et perpétuel.

812. — Les faits constitutifs de la destination du père de famille peuvent-ils être prouvés par témoins?

813. — Suite.

814. — Faut-il prouver précisément que c'est par le propriétaire des deux héritages que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude? Ne suffirait-il pas d'établir que cet état de choses est antérieur à la réunion des deux fonds?

815. — La destination du père de famille ne vaut titre, d'après l'article 692, qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes. — Exemples.

816. — Mais, au contraire, l'article 694 semble se contenter d'un signe apparent de servitude. — Comment donc concilier les articles 692 et 693 avec l'article 694? Cinq interprétations sont en présence :

817. — A. L'article 694 ne serait qu'une application de l'article 692 ; et il exigerait aussi l'apparence et la continuité.

818. — B. L'article 694 aurait modifié l'article 692, de telle sorte que la continuité ne serait pas nécessaire, même d'après l'article 692. — Réfutation.

819. — C. L'article 692 s'applique au cas où la séparation des deux héritages s'opère par l'effet d'un partage entre cohéritiers ou copropriétaires; et l'article 694, au cas où les deux fonds se séparent par l'effet d'une disposition, vente, échange, donation, etc., que le propriétaire commun des deux héritages fait lui-même. — Exposition. — Réfutation.

820. — D. Dans les articles 692 et 693, il ne s'agirait que du cas où c'est depuis leur réunion dans la même main que les deux héritages ont été mis, par celui qui en était le propriétaire unique, dans l'état duquel résulte la servitude; tandis que l'article 694, au contraire, s'occuperait du cas où, antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main, l'un d'eux était grevé envers l'autre d'une servitude légalement établie, et qui s'était temporairement éteinte par confusion. — Exposition. — Réfutation.

821. — E. Lorsque la servitude est continue et apparente, la seule destination du père de famille vaut titre, sans qu'il soit nécessaire de représenter l'acte de vente, de partage ou autre, par suite duquel la séparation des héritages a eu lieu; c'est le cas des articles 692 et 693; mais si la servitude n'est qu'apparente, il faut, en outre, représenter l'acte de vente ou de partage, qui a opéré la séparation, pour établir qu'il ne renferme aucune convention relative à la servitude.

822. — Suite. — Il importe que le signe apparent d'où on veut faire résulter la servitude par la destination du père de famille, soit, en effet, un signe de servitude. — Explication. — Exemples.
823. — Faut-il que le signe apparent de servitude consiste en ouvrages d'art quelconques?
824. — Le signe apparent de la servitude peut exister indifféremment, soit sur le fonds servant, soit sur le fonds dominant.
825. — Il faut que le contrat ne contienne *aucune convention relative à la servitude.* — Que signifient ces mots de l'article 694?
826. — Les articles 692, 693 et 694 ne s'appliquent-ils qu'au cas où il existe deux héritages distincts? Ou bien sont-ils aussi applicables au cas de la vente ou division en plusieurs lots d'un seul et même héritage?
827. — La disposition des articles 692 et 694 est d'ailleurs générale; et s'applique à tous les cas d'aliénation, à titre gratuit ou onéreux, volontaire ou forcée, etc.

804. — Cette thèse de l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, a toujours été, dans la science du droit, aussi bien que leur établissement par la prescription, entourée de beaucoup d'obscurités et d'incertitudes; et malheureusement, il n'a pas été donné aux auteurs du Code Napoléon de les faire disparaître; car les trois articles, qu'ils y ont consacrés (692, 693, 694) n'ont pas cessé d'être, encore aujourd'hui, le sujet de vives controverses.

Pourtant, le fait qu'il s'agit de régler, est, en soi, bien simple.

Deux héritages sont réunis dans la main d'un même propriétaire; et il existe, de l'un envers l'autre, une relation telle, qu'elle constituerait une servitude, si les deux héritages appartenaient à des propriétaires différents.

Tant qu'ils sont réunis, le service que l'un des fonds peut retirer de l'autre, ne constitue pas, sans doute, une servitude (art. 637).

Mais voilà qu'ils sont divisés, par vente, donation, legs, échange, partage, etc.

Le service qui existe à ce moment, de l'un des fonds envers l'autre, la vue, la conduite d'eau, le droit de pas-

sage, etc., continuera-t-il d'exister? et va-t-il se transformer désormais, activement et passivement, en servitude?

Ou bien, au contraire, faut-il maintenant supprimer ce service et les ouvrages au moyen desquels il s'exerçait, de manière que la servitude ne s'établisse point entre les deux héritages, par l'effet de la séparation?

Voilà notre sujet tout entier, dans ses termes les plus simples.

Or, qu'est-ce que cela, sinon purement et simplement une question d'interprétation de volonté?

De deux choses l'une :

Ou l'acte, quel qu'il soit, testament, vente, partage, s'explique formellement sur le maintien ou sur la suppression du service, qui existe entre les héritages au moment de la division; et alors il n'y a pas de difficulté (art. 1134; Colmar, 3 déc. 1817, Eggerlé, Sirey, 1822, II, 16; Cass., 5 avril 1836, Montémont, D., 1836, I, 152; Cass., 29 janv. 1839, ville de Paris, Dev., 1839, I, 492); et si c'est le maintien de ce service qui est convenu, la servitude se trouve alors établie directement *par titre;*

Ou l'acte garde le silence sur la suppression ou le maintien du service existant entre les deux fonds, ou bien encore cet acte n'est pas représenté; et alors précisément s'élève notre question, qui consiste à savoir quelle a été, à cet égard, l'intention soit des parties contractantes, soit du disposant; et dans le cas où il est reconnu qu'ils ont voulu maintenir le service existant entre les deux fonds, on s'est, dès longtemps, accoutumé à dire que la servitude se trouve établie par la destination du père de famille, c'est-à-dire par l'effet de l'arrangement, suivant lequel le propriétaire unique des deux fonds avait disposé l'un d'eux pour l'usage et l'utilité de l'autre. Mais la vérité est que la servitude se trouve encore, dans ce cas, établie *par titre*, c'est-à-dire par la volonté même des parties à cet effet, volonté qui est seulement tacite, au lieu d'être

expresse. On sait, en effet, la maxime : *eadem vis taciti atque expressi;* et c'est fort justement, sous ce rapport, que l'article 692 déclare que la destination du père de famille *vaut titre*.

Eh bien donc, il s'agit de savoir quelle a été, à cet égard, l'intention et la volonté des parties contractantes ou du disposant.

Voilà, en tout et pour tout, la thèse qui est ici à résoudre.

805. — Dans l'exposition que nous venons de faire de notre sujet, nous n'avons mis en relief que cette circonstance unique, à savoir : qu'au moment de la division des héritages, il existait un service établi sur l'un d'eux pour l'usage et l'utilité de l'autre.

Nous n'avons point parlé de la date ni de l'origine de l'établissement de ce service, parce que, suivant nous, cette circonstance doit être ici sans influence sur la question à résoudre, quoiqu'on ait voulu, comme nous le verrons, y attacher, au contraire, une importance capitale (*infra*, n° 820).

Quoi qu'il en soit, remarquons que le service qui, au moment de la séparation des deux héritages, existe de l'un sur l'autre, peut avoir une double origine :

1° Il est possible qu'il ait été établi, depuis la réunion des deux fonds dans la même main, par celui qui en était l'unique propriétaire;

2° Il est possible qu'il existât, entre les deux fonds, avant leur réunion dans la même main, et qu'il ait ainsi originairement constitué une servitude, qui s'est éteinte, par confusion, lorsque les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, mais que ce propriétaire ait laissé subsister les choses dans le même état, et qu'au moment où les deux fonds se séparent de nouveau, le service antérieurement établi de l'un sur l'autre, existe encore.

Dans le silence de l'acte, par suite duquel la division des héritages s'est opérée, ou, à défaut de représentation

de cet acte, faudra-t-il, dans l'un ou l'autre cas, maintenir ou supprimer ce service?

806. — Les Romains avaient sévèrement observé la règle que toute servitude devait être formellement stipulée.... *nominatim* (L. 7, princ., ff., *Comm. præd.*); et il ne paraît pas qu'ils aient admis, en principe, la destination du père de famille comme mode d'établissement des servitudes.

Le jurisconsulte Paul, dans la loi 30, § 1, au Digeste, *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, formule, en effet, de la façon la plus absolue, la décision suivante :

« Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, quum « emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servi- « tus est; et si rursus vendere vult, nominatim impo- « nenda servitus est; alioquin liberæ veniunt. » (Ajout. L. 10, ff., *Comm. præd.*; L. 1, ff., *de Servitute legata*; *voy.* toutefois L. 31 et 36, ff., *de Servit. præd. rust.*, L. 15, § 1, *De usu et usufr.*)

807. — Cela explique comment, dans nos anciens pays de droit écrit, la destination du père de famille ne pouvait pas non plus être invoquée (comp. Serres, *Inst.*, p. 145; Curasson sur Proudhon, *des Droits d'usage*, n° 96; Villequez, *Revue historique de droit français et étranger*, 1859, t. V, p. 197, 198, très-intéressant article *sur l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans l'ancien et le nouveau droit*).

808. — Quant aux pays de coutume, ils offraient, à cet égard, beaucoup de diversités.

Quelques-uns admettaient la destination du père de famille, pourvu qu'elle fût justifiée par écrit; telles étaient les coutumes de Paris (art. 216) et d'Orléans (art. 128); et ces articles ne la restreignaient pas à certaines servitudes seulement; mais Pothier ne cite comme exemples que *les vues*, *les égouts* (note 1); et s'il ne fallait pas que la servitude fût tout à la fois apparente et continue, du moins est-il incontestable qu'elle devait être apparente;

car c'est de l'apparence que résulte alors l'intention des parties de maintenir l'état de choses existant.

D'autres coutumes admettaient l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, sans exiger de preuve par écrit, telles que celles de Dourdan (art. 72), de Reims (art. 350), de Sedan (art. 279).

Il y en avait qui distinguaient entre le partage et les autres modes d'aliénation. Dans le cas de partage, elles admettaient que les servitudes pouvaient s'établir par l'effet de la destination du père de famille entre héritiers ou comparsonniers ; mais dans tous les autres cas, la destination du père de famille n'y était d'aucun effet ; et si, par exemple, je vous avais vendu un jardin, sur lequel la maison, que je retenais, avait des vues immédiates ou des égouts, il me fallait, si nous n'en avions rien dit dans l'acte, boucher mes fenêtres et supprimer mes égouts ! (Comp. cout. de Normandie, art. 609, 620, 621 ; de Touraine, art. 212 ; de Lodunois, chap. XXI, art. 1 ; Ferrière, sur l'article 216 de la cout. de Paris ; Bourjon, t. II, p. 2, n° 3 ; Legrand, sur la cout. de Troyes, tit. IV, art. 51, gloss. 6, n° 14.)

Ajoutons enfin que dans presque toutes les coutumes, on tenait compte de cette double circonstance, soit que le service était nécessaire, comme par exemple, un passage pour cause d'enclave, soit que les travaux par lesquels il s'exerçait, étaient incorporés dans le fonds que l'on prétendait devoir être asservi ; et dans ces deux cas, on était porté généralement à décider que la servitude s'établissait par la séparation des deux fonds (Legrand, *loc. supra cit.* ; Duparc-Poullain, t. III, p. 307 ; Villequez, *loc. supra cit.*, p. 200 et 207).

809. — Voici maintenant, sur ce sujet, les dispositions de notre Code :

Article 692 : « La destination du père de famille « vaut titre, à l'égard des servitudes continues et appa- « rentes. »

Article 693 : « Il n'y a destination du père de famille « que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds, actuelle- « ment divisés, ont appartenu au même propriétaire, et « que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état « duquel résulte la servitude. »

Ainsi, toutes les fois que le service existant de l'un des fonds envers l'autre, au moment de leur séparation, est de nature à constituer une servitude continue et apparente, la servitude résulte, activement et passivement, de cet arrangement, de cette destination.

Et cela, dans tous les cas, de quelque manière que s'opère la division des deux héritages, par vente, échange, partage ou autrement ; et nous ne voyons même pas ce qui s'oppose à ce qu'il en soit ainsi dans le cas où la division des héritages résulte de la prescription acquisitive de l'un d'eux par un tiers (*supra*, n° 583 ; comp. Cass., 19 juin 1861, Laloy, Dev., 1863, I, 133).

Nous allons voir bientôt (*infra*, n°s 816 et suiv.) si dans certains cas, il ne suffirait même pas que le signe de la servitude fût apparent.

Mais ce qui est incontestable, parce qu'en effet notre article 692 est, à cet égard, très-formel, c'est que là où le service existant entre les deux héritages d'abord réunis, constitue, dès leur séparation, une servitude continue et apparente, cette servitude se trouve, toujours et dans tous les cas, établie par la destination du père de famille.

Et vraiment, il faut bien qu'il en soit ainsi !

C'est une règle certaine, que toute chose est réputée vendue, expropriée, partagée, donnée ou léguée, aliénée enfin de quelque manière que ce soit, *dans l'état où elle se trouve*, « cum sua conditione » (L. 23, § 2, ff., *de Servit. præd. rust.* ; art. 1018, 1614, 1638) ;

Or, la servitude continue et apparente, c'est l'immeuble lui-même tel quel ! c'en est une manière d'être, ou, si l'on veut, une modification constitutive ; et Guy-Coquille disait fort justement à ce propos, que *la forme, l'estat et la face*

de l'œuvre font portion de la chose vendue (sur Nivernais, tit. x, art. 2);

Donc, il n'est besoin, à cet égard, d'aucune clause ni réserve spéciale; et lorsqu'une maison, par exemple, a des fenêtres ou des égouts donnant immédiatement sur un jardin appartenant au même propriétaire, et qu'il arrive que la maison et le jardin viennent à être divisés, il est manifeste que celui qui a la maison, doit l'avoir telle qu'elle est, *cum sua causa*, avec ses fenêtres et ses égouts, qui font que cette maison est précisément ce qu'elle est, et non pas autre; de même que celui qui acquiert le jardin, ne peut aussi l'acquérir que *cum sua conditione*, avec le voisinage immédiat d'une maison, dont les fenêtres s'ouvrent sur lui.

Aussi, n'a-t-on pas assez de surprise, quand on songe que l'on forçait autrefois l'acquéreur de la maison, ou même le vendeur du jardin qui s'était réservé la maison, à boucher les fenêtres et à supprimer les égouts, c'est-à-dire à mutiler et à dénaturer la maison aliénée ou retenue! et il est curieux de voir où l'on en venait avec de tels principes. Il arriva un jour que l'acheteur d'une maison, que l'on força ainsi d'en boucher les fenêtres, demanda des lettres de rescision contre la vente pour cause de dol, disant fort justement, certes, qu'il n'avait donné tel prix de cette maison que parce qu'elle avait ces fenêtres, à l'égard desquelles le vendeur n'avait pas fait de réserves; et par arrêt du 29 mars 1760, le parlement de Paris déclara le contrat nul et résilié. La belle conclusion! et que c'était bien la peine de déclarer que la servitude ne pouvait pas résulter de la destination du père de famille! Il est clair d'ailleurs que ce n'était là rendre justice qu'à moitié, et qu'il aurait fallu maintenir tout à fait, dans l'intérêt de l'acheteur, la vente de la maison dans l'état où il l'avait effectivement achetée! (Comp. Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 16, n° 3.)

310. — C'est précisément parce que la servitude con-

tinue et apparente est constitutive de la disposition même des héritages et de leur état permanent, que l'on dit qu'elle résulte, dans ce cas, de la *destination* du père de famille.

Destination! c'est le même mot que nous avons déjà rencontré dans les articles 517, 524 et 525, qui considèrent comme immeubles *par destination* les effets mobiliers, que le propriétaire d'un fonds y a attachés à perpétuelle demeure, pour suivre le sort de ce fonds, pour être vendus, légués, partagés, aliénés toujours enfin avec lui.

C'est le même mot, dis-je, et aussi la même idée!

Et de même que lorsqu'on achète ou que l'on partage une maison, dans laquelle se trouvent des glaces encadrées dans un parquet qui fait corps avec la boiserie, la vente ou le partage comprend la maison telle qu'elle est, *cum sua causa;*

De même, lorsque l'on achète ou que l'on partage une maison ayant des vues ou des égouts sur un fonds voisin, on l'achète et on la partage avec les vues ou les égouts, activement et passivement, qui en sont la manière d'être.

Dans les deux cas, en effet, il y a *destination du père de famille*, c'est-à-dire un certain arrangement *perpetui usus causa*, qui, dans l'intention du propriétaire, doit être désormais associé à la destinée de chacun des héritages, et les suivre activement et passivement partout où ils iront (*voy.* notre tome IX, n°s 193, 194).

811. — Aussi, faut-il, pour qu'il y ait destination du père de famille, que l'arrangement d'où on veut la faire résulter, ait été établi : 1° par le propriétaire lui-même; 2° et par lui, avec l'intention d'en faire un arrangement permanent et perpétuel :

1° *Par le propriétaire,* qui seul peut faire des immeubles par destination, aux termes des articles 524, 525, et qui peut seul aussi, aux termes de notre article 693, faire des dispositions d'où résulte la destination du père de famille; car un fermier, un locataire, un antichrésiste,

un usufruitier, dont les droits sont temporaires, ne peuvent pas avoir cette idée de *perpétuité* qu'exige notre *destination* (*voy.* notre tome IX, nos 202 et suiv.);

2° *Avec l'intention d'en faire un arrangement permanent et perpétuel;* car le propriétaire lui-même pourrait n'avoir établi certaine disposition que d'une manière précaire, passagère et momentanée, pour sa commodité et son agrément personnel, plutôt que pour l'usage et l'utilité des fonds eux-mêmes, et avec l'intention de créer un véritable assujettissement de l'un envers l'autre; et alors, il n'y aurait pas destination du père de famille (comp. Dumoulin, cout. de Paris, tit. VI, art. 91; Duparc-Poullain, t. III, p. 303; Pardessus, t. II, n° 288; Duranton, t. V, n° 567; Taulier, t. II, p. 448).

Ajoutons toutefois, sur les deux conditions qui précèdent, cette importante observation, que si, au moment de la division des héritages, l'arrangement existant était de nature à constituer, par l'effet même de la division, une servitude continue et apparente, l'article 692 serait applicable, lors même que cet arrangement n'aurait été établi que par un fermier ou un locataire, sauf au propriétaire, s'il l'avait ignoré, son action en dommages-intérêts contre celui-ci (comp. Cass., 27 mars 1866, Faidy, Dev., 1866, II, 215).

812. — Aux termes de l'article 693, pour établir l'existence légale d'une servitude par la destination du père de famille, il faut prouver :

1° Que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire;

2° Que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

De quelle manière cette double preuve doit-elle être faite?

L'article 216 de la coutume de Paris portait que la destination du père de famille vaut titre, *quand elle est ou a esté par escrit et non autrement;* l'article 228 de la cou-

tume d'Orléans était conçu dans les mêmes termes ; et ces dispositions avaient donné lieu, entre les anciens commentateurs, aux interprétations les plus diverses (comp. Duplessis, Bourjon, Pothier, Ferrière et Goupy).

Il est à remarquer que notre article 693 n'exige aujourd'hui rien de pareil.

Toutefois, on a prétendu qu'il fallait faire une distinction; et tout en reconnaissant que la preuve testimoniale est admissible *de plano* pour établir que c'est le propriétaire commun des deux héritages qui a mis les choses dans l'état duquel résulte la servitude, on exige une preuve par écrit, ou du moins un commencement de preuve par écrit, pour admettre la preuve testimoniale à l'effet d'établir que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire ; car c'est là, dit-on, un fait, qui, par sa nature, est susceptible d'être prouvé par écrit (comp. Pardessus, t. II, n°s 290, 291 ; Delvincourt, t. I, p. 165, note 7).

Nous croyons au contraire que la preuve testimoniale est admissible pour établir les deux faits, ou plutôt le fait complexe, dont il s'agit :

1° Notre article 693 n'exige, ainsi que nous venons de le dire, aucun commencement de preuve par écrit; et il est même conçu en des termes tels, qu'il est clair qu'il a eu précisément pour but d'admettre toute espèce de preuve ; cette intention des rédacteurs est d'autant moins douteuse qu'ils avaient sous les yeux les coutumes de Paris et d'Orléans, qui exigeaient une preuve écrite et dont les dispositions avaient engendré, sur ce point, beaucoup de controverses, que l'article 693, par sa rédaction nette et absolue, a voulu faire cesser en consacrant la doctrine de plusieurs autres coutumes, où la destination du père de famille pouvait se prouver par témoins (Reims, art. 350; Sedan, art. 379; Locré, *Législ. civ.*, t. VIII, p. 394, 395).

2° Cette solution, commandée par notre texte, est d'ail-

leurs tout à fait conforme aux principes généraux du droit. On ne saurait en effet, pour exclure la preuve testimoniale, invoquer ici l'article 1341 : soit parce qu'il s'agit de prouver, non pas que celui qui réunissait les deux héritages dans sa main, en était propriétaire, mais seulement le fait de la réunion de ces deux héritages dans la même main, le fait qu'ils ont été possédés à titre de propriétaire par la même personne, et que les faits de possession peuvent toujours être prouvés par témoins; soit parce que celui qui doit établir ce fait, n'a pas eu le plus souvent le moyen de s'en procurer une preuve par écrit (art. 1348); car lorsque j'acquiers l'un des deux fonds qui appartiennent à Paul, mon titre d'acquisition ne s'applique, bien entendu, qu'au fonds qui en est l'objet; et si on oppose qu'il est possible de faire alors constater que Paul est également propriétaire d'un autre fonds à l'égard duquel le fonds aliéné est dans un état d'assujettissement actif ou passif, il est clair que nous aurons toujours un *titre!* et que la destination du père de famille s'évanouira comme équivalant, à elle seule, à un titre (comp. Paris, 10 pluviôse an XII, Martin, Sirey, 1804, II, 727; Paris, 30 janv., 1810, Guedon, Sirey, 1813, II, 327; Dubreuil, *Observat. sur quelques cout. de Provence*, p. 69; Toullier, t. II, n° 610; Duranton, t. V, n° 574; Solon, n° 383; Marcadé, art. 693, n° 2; Demante, t, II, n° 548 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 353; Zachariæ, t. II, p. 80; Taulier, t. II, p. 448).

813. — Le même auteur, qui vient de se montrer trop exigeant (*supra*, n° 812), se montre au contraire maintenant, suivant nous, trop facile, lorsqu'il enseigne que « une fois qu'on a justifié (avec un commencement de preuve par écrit) que les deux héritages ont appartenu au même propriétaire, si l'état des lieux n'est pas prouvé avoir été postérieur à leur séparation, on doit présumer qu'il existait dès le temps de leur réunion dans la même

main. » (Pardessus, t. II, n° 291.) Toullier professe également cette doctrine (t. II, n° 610).

Mais aucun texte n'établit de présomption semblable; tout au contraire! l'article 693 exige positivement qu'il soit prouvé non-seulement que les deux héritages ont appartenu au même propriétaire, mais aussi et surtout (car c'est là le point essentiel) que l'état des choses, duquel on veut faire résulter la servitude, existait à l'époque où les deux fonds étaient réunis dans la même main et qu'il a été, en conséquence, accepté par les parties, au moment de la séparation ; donc, il faut que cette preuve elle-même soit fournie par celui qui invoque la destination du père de famille (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 610, note *a*).

814. — Mais faut-il prouver précisément que c'est par le propriétaire des deux héritages que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude?

Est-ce qu'il ne suffirait pas d'établir que cet état de choses est antérieur à la division des deux fonds ?

Nous verrons bientôt qu'un parti considérable dans la doctrine enseigne qu'il faut s'attacher ici littéralement aux termes restrictifs, dit-on, de l'article 693, d'après lequel *il n'y a destination du père de famille, que* lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et *que c'est par lui que les choses* ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude (Duvergier sur Toullier, t. II, n° 609, note *a;* Marcadé, art. 694, n° 3; Zachariæ, t. II, p. 80 et 87; *infra*, n° 820).

Mais il nous paraît certain que cette interprétation méconnaît la véritable pensée de notre article 693 :

D'où résulte la destination du père de famille? et quelle est essentiellement la cause efficiente de ce mode d'établissement des servitudes? Cette cause, c'est l'état dans lequel se trouvaient respectivement les deux héritages au moment où la division a eu lieu, état qui constituait, à ce

moment, leur manière d'être et que les parties ont accepté tel qu'il était;

Or, il est très-indifférent, pour cela, de savoir par qui les choses ont été ainsi disposées, si cet arrangement a précédé la réunion primitive des deux fonds, s'il est l'œuvre des anciens propriétaires, ou d'un tiers, ou du dernier propriétaire des deux fonds réunis; toutes ces circonstances importent ici très-peu, puisque ce n'est, encore une fois, que de l'état respectif des fonds, au moment de la division, que résulte la *destination du père de famille;*

Donc, lorsque l'article 694 dispose qu'il faut qu'il soit prouvé que c'est par le propriétaire des fonds réunis que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude, il signifie seulement qu'il faut que cet état soit antérieur à la division des fonds, et qu'il ait existé au moment même de cette division. Telle était bien la doctrine de Pothier, qui demandait seulement que l'on prouvât.... *que la fenêtre ou l'égout existaient dès le temps que les deux maisons appartenaient au même maître* (sur l'article 228 de la cout. d'Orléans, note 2). Et la vérité est d'ailleurs que le propriétaire qui, en réunissant les deux fonds dans sa main, a laissé subsister l'assujettissement qui existait entre eux avant leur réunion, s'est lui-même approprié cet arrangement, et qu'il doit être réputé l'avoir fait; car ce qu'il importe de rechercher, dit fort bien Ducaurroy, c'est moins son fait que son intention; et on ne saurait voir raisonnablement, entre les deux cas, de différence (comp. Bordeaux, 21 févr. 1826, Sebillaud, Sirey, 1826, II, 275; Delvincourt, t. I, p. 165, note 5; Toullier, t. II, n° 609; Pardessus, t. II, n° 288; Duranton, t. V, n°s 573, 574; Demante, t. II, n° 548 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 252; *voy. supra*, n° 805).

815. — La destination du père de famille ne vaut titre, disons-nous, qu'à l'égard des servitudes tout à la fois continues et apparentes (art. 692).

On peut donc l'invoquer pour toutes celles-là, mais rien que pour celles-là!

Tel est le principe.

Ainsi, par exemple, d'une part, il est clair que les servitudes de conduites d'eau, d'égout, de vue, etc., peuvent résulter de la destination du père de famille (comp. Caen, 18 févr. 1825, de Cocquerel, D., 1826, II, 101; Cass., 20 déc. 1825, de Verdonnet, D., 1826, I, 29; *voy.* aussi *supra*, n° 809).

Et d'autre part, on ne saurait invoquer ce mode d'établissement à l'égard des servitudes discontinues, ou des servitudes non apparentes, continues ou discontinues, comme par exemple, la servitude de tour d'échelle (Bordeaux, 20 déc. 1836, Duc, Dev., 1838, II, 132), ou la servitude *non ædificandi vel non altius tollendi* (ajout. art. 2232, *infra*, n° 928; Cass., 23 avril 1817, Fontaine, Sirey, 1817, I, 336; Paris, 12 déc. 1834, Barbeirossy, Dev., 1835, II, 303; Caen, 13 mai 1837, Dillaye, Dev., 1837, II, 333; Cass., 15 févr. 1843, Siché, Dev., 1843, I, 351; Cass., 17 août 1858, Durval, Dev., 1859, I, 71; Cass., 5 août 1862, Baron, D., 1862, I, 539; et Dev., 1863, I, 134; Cass., 9 juill. 1867, Bonnel, Dev., 1867, I, 323).

816. — Mais nous arrivons à l'une des difficultés les plus ardues de notre sujet.

D'après les articles 692 et 693, il faut que la servitude soit tout à la fois continue et apparente, pour qu'elle puisse s'établir par la destination du père de famille.

Or voici maintenant ce que décrète l'article 694 :

« Si le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il « existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un « des héritages sans que le contrat contienne aucune con- « vention relative à la servitude, elle continue d'exister « activement ou passivement en faveur du fonds aliéné « ou sur le fonds aliéné. »

On voit que cet article se contente, au contraire, de

l'existence d'un signe apparent de servitude, et qu'il n'exige pas la continuité.

L'antinomie paraît flagrante!

Comment donc concilier les articles 692 et 693 avec l'article 694?

Il ne s'est pas produit, sur ce sujet, moins de cinq interprétations :

817. — A. La première enseigne que l'article 694 n'est lui-même, comme l'article 693, qu'une suite et un développement de l'article 692, et que dès lors il exige aussi virtuellement que la servitude soit tout à la fois continue et apparente :

En effet, dit-on, l'article 692 exige, en termes formels, la continuité et l'apparence, pour que la servitude résulte de la destination du père de famille;

Or, la destination du père de famille se réalise précisément dans le cas prévu par l'article 694, c'est-à-dire lorsque le propriétaire des deux héritages dispose de l'un d'eux, puisque la servitude, bien entendu, ne peut pas naître tant que les deux fonds restent dans la même main;

Donc, il faut absolument, sous peine d'élever entre les deux articles une contradiction sans issue, que la servitude soit continue et apparente, dans le cas prévu par l'article 694, qui n'est qu'une application de l'article 692 lui-même (comp. Paris, 21 avril 1837, Rosteau, Dev., 1837, II, 217, note 1; Malleville, sur l'article 694; Delvincourt, t. I, p. 154, note 6; Toullier, t. II, n° 612; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. III, 4; Villequez, *Revue historique de droit français et étranger*, 1859, t. V, p. 206 et suiv.).

818. — B. Une seconde interprétation a soutenu, au contraire, qu'il suffisait, dans tous les cas, que la servitude fût apparente; que l'article 694 avait modifié, sous ce rapport, l'article 692, et *qu'il supprimait la continuité!* (Taulier, t. II, p. 450-452; Delaporte et Riffé, *Pandectes françaises*, t. V, p. 492.)

Mais ces deux systèmes nous paraissent également inadmissibles :

L'un, parce qu'il supprime complétement l'article 694 au profit de l'article 692;

L'autre, parce qu'il supprime l'article 692 au profit de l'article 694.

Dans le premier système, l'article 694, que l'on présente comme un développement de l'article 692, devient d'une complète inutilité !

Dans le second, on en fait, au contraire, une disposition capitale, par laquelle le législateur, qui venait d'écrire l'article 692, en aurait immédiatement prononcé l'abrogation, en le laissant néanmoins subsister !

819.—C. Une troisième interprétation distingue entre les différentes manières dont peut s'opérer la séparation des deux héritages, qui sont réunis dans la même main :

Est-ce par l'effet d'un partage entre cohéritiers ou copropriétaires? elle applique l'article 692; et elle exige que la servitude soit tout à la fois apparente et continue.

Est-ce par l'effet d'une disposition, que le propriétaire commun des deux héritages aura faite lui-même, vente, échange, donation ou testament, etc.? elle applique l'article 694, et se contente de l'existence d'un signe apparent de servitude.

On raisonne ainsi :

1° Plusieurs de nos anciennes coutumes avaient distingué, pour l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, entre le cas *de partage et de division entre ses cohéritiers ou parsonniers de la chose commune* (art. 609 de la cout. de Normandie) et le cas où *aucun met hors de ses mains partie de sa maison ou une maison*, etc. (art. 619 et 620); et on n'admettait que pour le premier cas ce mode d'établissement des servitudes (comp. Basnage, sur les articles précités; Ferrière, sur les articles 215 et 216 de la coutume de Paris;

Lalande, sur les articles 227 et 228 de la cout. d'Orléans; Davot, t. II, p. 145);

Or, il est vraisemblable que les auteurs des articles 692, 693 et 694 ont entendu maintenir cette distinction, dont on retrouve en effet la trace dans leur rédaction. D'une part, l'article 692 parle de la *destination du père de famille*, qui s'entendait autrefois du cas où la division des héritages s'opérait par un partage; et l'article 693 suppose bien aussi ce mode de division (*divisée*). D'autre part, l'article 694 se rapporte, au contraire, à l'hypothèse où le propriétaire de deux héritages *dispose* de l'un d'eux, c'est-à-dire *met l'un d'eux hors de ses mains;* ce sont presque les mêmes termes que ceux de nos anciennes coutumes;

Donc, le législateur nouveau a maintenu, sous ce rapport, l'ancienne distinction.

2° Il faudrait s'y soumettre, lors même qu'on ne pourrait pas fournir une explication satisfaisante de la différence qui en résulte entre les *partages* et les *actes de disposition,* puisque c'est le seul moyen de concilier les articles 692 et 693 avec l'article 694. On peut remarquer d'ailleurs, dans un arrêt de la Cour de Caen (15 nov. 1836, Police, Dev., 1837, II, 187), *qu'il existe effectivement une différence entre la position des copartageants, qui stipulent réciproquement, et un acheteur avec son vendeur, contre lequel on interprète tout ce qui est obscur....* (comp. Caen, 2e chambre, 20 janv. 1838, Delamotte; 2 févr. 1839, Loisel; 16 mai 1839, Moulin, *Rec. de Caen,* t. III, p. 47 et 202; Caen, 1re chambre, 21 nov, 1843, Catel; 2e ch., 20 févr. 1845, Denis; 1re ch., 11 juill. 1854; Toulouse, 11 août 1854, Balzac, Dev., 1855, II, 609; Metz, 3 juin 1858, Duhesme, Dev., 1858, II, 657; trib. civ. de Barbézieux, 31 déc. 1861, Lajenuie, Dev., 1863, I, 315, note 3; Pardessus, nos 288, 289 et 300; Dalloz, *Rec. Périod.,* 1837, I, 377, note 5; Sacaze, *Revue de législation* de M. Wolowski, t. III de 1851, p. 247).

Nous ne croyons pas pouvoir admettre non plus cette doctrine :

1° La différence, qu'elle établit entre les *partages* et les *actes de disposition*, nous paraît, en effet, impossible à justifier par aucun motif de raison. L'article 694 est fondé sur la bonne foi et l'équité, lorsqu'il déclare que s'il existe, au moment de la séparation des héritages, un signe apparent de servitude, et que les parties n'en aient rien dit, elles sont censées avoir voulu que les choses restent dans l'état où elles étaient et où elles les voyaient;

Or, l'équité et la bonne foi sont la règle des partages sans doute aussi bien que des ventes; et le signe apparent de la servitude n'aura pas moins frappé les parties dans les partages, où tout est examiné et expertisé d'avance pour la plus exacte composition des lots;

Donc, toutes les considérations qui ont dicté l'article 694, existent relativement aux copartageants les uns envers les autres, aussi bien que relativement aux copermutants, ou au vendeur envers l'acheteur, ou au donateur envers le donataire (L. 23, § 3, ff., *de Servit. præd. rust.*).

Les copartageants! mais ils ne sont réciproquement, malgré la fiction de l'article 883, que des copermutants, des vendeurs et des acheteurs : *divisio prædiorum vicem emptionis obtinere placuit* (L. 1, Cod. *Comm. utriusque judic.*); la garantie et le privilége qui résultent du partage comme de la vente elle-même, le démontrent assez (comp. art. 884, 1626, 2103-1° et 2°). L'arrêt de la Cour de Caen du 15 novembre 1836 (cité plus haut) porte : *qu'il existe une différence entre la position des copartageants qui stipulent réciproquement, et un acheteur envers son vendeur, contre lequel on interprète tout ce qui est obscur....*; mais l'article 694 ne maintient pas seulement les servitudes actives au profit de l'acquéreur de l'immeuble aliéné sur l'immeuble retenu par le vendeur; il les maintient *activement et passivement, non-seulement en faveur du fonds*

aliéné, mais aussi *sur le fonds aliéné*, c'est-à-dire au profit du vendeur contre l'acheteur! Donc, le prétendu motif de différence sur lequel on se fonde, n'existe absolument pas.

2° On invoque l'ancien droit français; et l'on dit que les rédacteurs de notre Code ont voulu, à tort ou à raison, le maintenir.

Nous ferons à ceci deux réponses :

D'abord, cette distinction entre le partage et les actes de disposition n'était pas, à beaucoup près, aussi généralement accréditée dans notre ancienne jurisprudence qu'on paraît vouloir le dire; et Pothier, dans sa note 1 sur l'article 228 de la coutume d'Orléans, la proscrivait même formellement : « .... Si, par la suite, dit-il, ces maisons (d'abord réunies dans la même main) viennent à appartenir à différents maîtres, *soit par l'aliénation que le propriétaire fera de l'une de ces maisons*, *soit par le partage qui se fera entre ses héritiers*, le service que l'une des maisons tire de l'autre, qui était destination du père de famille, lorsque les maisons appartenaient à un même maître, devient une servitude que le propriétaire de cette maison a sur la maison voisine, de qui la sienne tire ce service, sans qu'il soit besoin que, *par l'acte d'aliénation, qui a été faite de l'une de ces maisons, ou par le partage*, la servitude ait été expressément constituée.... »

En second lieu, la doctrine que je combats, et qui se présente comme l'héritière de l'ancienne distinction, me paraît, au contraire, si j'osais m'exprimer ainsi, en être directement le *contre-pied*. En effet, autrefois, l'ancienne distinction, dans celles des coutumes qui l'avaient admise, se faisait à l'avantage des copartageants, c'est-à-dire que l'on admettait plus facilement l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans les partages que dans les actes d'aliénation ordinaires. La règle générale était que : *quand aucun met hors de ses mains partie de sa maison ou une maison, qui a vues ou égouts sur une autre qu'il retient à soi, il doit spéciale-*

ment et nommément déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors de ses mains, ou quelles servitudes il constitue sur le sien.... ; autrement l'héritage vendu demeurera libre au préjudice du vendeur.... (art. 619, 620 de la cout. de Normandie); tandis qu'au contraire, d'après l'article 609, *en faisant partage et division entre cohéritiers et personniers de la chose commune, dont une partie sert à l'autre, les vues et égouts demeurent comme ils sont lors du partage, si par les lots et partages, il n'est expressément dit du contraire* (comp. Pesnelle, sur les articles 619 et 620; Flaust, t. II, p. 294, 295).

Nous savons bien que des doutes fort sérieux s'étaient élevés sur ces articles de la coutume normande, et qu'ainsi que l'a rappelé un arrêt de la Cour de Caen : *la jurisprudence les a interprétés en ce sens que les servitudes apparentes, telles que celles de vues et égouts, continuaient de subsister tant pour que contre la maison retenue par le vendeur*, ET QU'IL EN DEVAIT ÊTRE DE CE CAS COMME DE CELUI DE PARTAGE ENTRE COHÉRIERS, *prévu et réglé par l'article* 609 (arrêts du 7 juillet 1666 et du 15 juillet 1757; Caen, 2 févr. 1839, Loisel; et 16 mai 1839, Moulin, *Rec. de Caen*, t. III, p. 47 et 202).

Mais enfin, s'il n'y avait pas, à cet égard, de différence à faire en faveur des copartageants (comme d'excellents auteurs pourtant le prétendaient), c'était au moins l'assimilation qu'il fallait admettre entre les partages et les actes ordinaires d'aliénation;

Or, tout au contraire, la doctrine que nous combattons, admet plus difficilement la destination du père de famille dans les partages que dans les ventes ; et tandis qu'elle applique l'article 694 entre un vendeur et un acheteur, et n'exige alors que l'apparence, elle applique l'article 692 entre les copartageants, et veut, dans ce cas, tout à la fois, pour l'établissement de la servitude, l'apparence et la continuité ;

Donc, nous avons raison de désavouer cette doctrine,

lorsqu'elle se présente comme issue de l'ancienne distinction, dont elle est, au contraire, le plus complet renversement.

3° Pour admettre une telle doctrine, qui ne repose ni sur les traditions du passé ni sur la raison, il faudrait y être contraint par le texte formel de la loi; or les articles 692, 693 et 694 ne nous paraissent, au contraire, s'y référer d'aucune façon. Leurs dispositions sont générales et absolues. Il est vrai que l'article 694 se sert de ce mot *dispose;* mais est-ce donc que les copartageants ne disposent pas aussi réciproquement les uns à l'égard des autres? Et puis, en s'attachant de si près à la lettre, on en viendrait à dire (comme on l'a fait!) que l'article 694 ne doit s'appliquer qu'au cas où la disposition a lieu *par contrat*, c'est-à-dire par convention, mais point par testament; car il se sert du mot *contrat;* comme s'il était sérieusement possible d'entendre cette expression d'une manière restrictive! Et puis enfin, on en viendrait (comme on y est venu!) à appliquer l'article 694 même entre copartageants, lorsque les immeubles formant les différents lots ont été licités en adjudication publique par un seul et même procès-verbal : « parce qu'alors, dit-on, les lots ont été vendus séparément et successivement; que les héritiers qui étaient les vendeurs, *ont disposé* d'abord, et se sont trouvés dessaisis de l'un des lots avant d'être dessaisis de l'autre; que l'article 694 n'a pas exigé qu'il s'écoulât un espace de temps plus ou moins long entre la vente de l'un des héritages et celle de l'autre.... » (Comp. Caen, 1re ch., 21 nov. 1843, Castel.)

Mais, en vérité, la distinction amenée à ce point, avec des nuances pareilles, ne devient-elle pas de plus en plus difficile à expliquer et à comprendre! et ce mot *disposer* ne produit-il pas ainsi des conséquences, dont aucune espèce de motif ne pourrait donner le secret!

Tels sont les arguments qui nous portent à rejeter aussi

cette interprétation (comp. Cass., 27 mars 1866, Faïdy, Dev., 1866, I, 215).

820. — D. Voici maintenant une autre interprétation, qui prétend que les articles 692 et 693 sont les seuls qui s'occupent de la destination du père de famille, tandis que l'article 694 y est tout à fait étranger :

Dans les articles 692 et 693, il ne s'agit, dit-on, que du cas où c'est depuis leur réunion dans la même main, que les deux héritages ont été mis par celui qui en était le propriétaire unique, dans l'état duquel résulte la servitude.

L'article 694, au contraire, s'occupe du cas où, antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main, l'un d'eux était grevé envers l'autre d'une servitude légalement établie, et qui s'est temporairement éteinte par la confusion.

Dans le premier cas, qui est celui de la destination du père de famille, comme il s'agit de créer, pour la première fois, la servitude par l'effet de la séparation des deux fonds, il faut qu'elle soit tout à la fois continue et apparente ;

Dans le second cas, il ne s'agit pas de l'établissement d'une servitude nouvelle, mais seulement du rétablissement d'une servitude préexistante; et alors, il suffit qu'il en existe un signe apparent. Sous ce rapport, l'article 694 n'est qu'une modification de l'article 705, d'après lequel toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit, sont réunis dans la même main; c'est à la suite de cet article 705 que l'article 694 aurait dû être placé; et c'est là, en effet, que quelques-uns des partisans de cette doctrine l'ont transporté dans leurs ouvrages (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 87).

Cette doctrine se fonde d'abord sur un passage du rapport du tribun Albisson, et ensuite sur le texte des articles 693 et 694.

Voici comment M. Albisson s'est exprimé sur l'article 694, en présentant notre titre au Tribunat :

« Le propriétaire de deux héritages, dont l'un, avant leur réunion dans sa main, devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre, sans qu'il soit fait aucune mention de servitude dans l'acte d'aliénation; la servitude, active ou passive, continue-t-elle d'exister?

« On pouvait opposer, et on opposait, en effet, que toute servitude étant éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main, il était indispensable, pour la conservation de la servitude, qu'elle eût été réservée expressément dans l'acte d'aliénation.

« Mais on ne prévoyait pas le cas où la chose parlant d'elle-même, la réservation ne devenait plus nécessaire; et c'est ce cas que le projet prévoit très-sagement. Ainsi, dans l'espèce supposée, si la chose parle d'elle-même, c'est-à-dire comme s'explique le projet, *s'il existe entre les deux héritages un signe apparent de servitude*, le silence des contractants n'empêchera pas qu'elle continue d'exister, activement ou passivement, en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VIII, p. 395.)

Et on ajoute que le texte des articles 693 et 694 est, en effet, conforme à cette déclaration :

D'une part, l'article 693 décide *qu'il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé* que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire..., *et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude;*

D'autre part, l'article 694 déclare que lorsque les deux fonds, d'abord réunis, se séparent, la servitude *continue* d'exister activement ou passivement; *continue*, ce qui suppose qu'elle existait déjà antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main. Il ne s'agit donc pas là de l'établissement d'une servitude; autrement, comme

cette servitude ne résulterait ni d'un titre, ni de la prescription, ni de la destination du père de famille, on trouverait une quatrième cause d'établissement de servitudes, tandis que le Code n'en reconnaît que trois; donc, il ne s'agit, dans l'article 694, que de *la continuation* d'une servitude antérieurement établie; et dans ce cas, il suffit que cette servitude révèle son existence par un signe apparent (comp. Lyon, 11 juin 1831, David, Dev., 1832, II, 123; Cass., 24 févr. 1840, Chauvin, Dev., 1840, I, 97; Zachariæ, t. II, p. 89; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 614, note *a;* Marcadé, art. 694, n°s 1-4; et *Revue crit. de législ.*, t. II, p. 73; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 203, note 10; *Revue pratique de Droit français*, 1863, t. XVI, p. 37, article de M. Del Marmol, avocat à Liége).

Nous nous sommes déjà plusieurs fois expliqué sur le degré d'autorité qu'il convient d'attacher aux travaux préparatoires de notre Code; et si explicite que soit ici la déclaration du tribun Albisson, nous n'y verrons qu'une opinion individuelle, dont il ne faudra pas tenir compte, s'il est démontré qu'elle est contraire au texte même de la loi, telle qu'elle a été adoptée, non moins qu'aux principes du droit et à la raison; et cette démonstration nous paraît facile :

1° Aux termes de l'article 705, *toute servitude est éteinte* par la confusion, c'est-à-dire par la réunion dans la même main, du fonds dominant et du fonds servant;

Or, ce que soutient la doctrine que nous venons d'exposer, c'est qu'au contraire la servitude, dont il y aurait un signe apparent, aurait continué d'exister, puisqu'elle dit qu'il ne s'agit pas de l'établir;

Donc, cette doctrine est la violation formelle de l'article 705 non moins que de l'article 637.

Il est vrai que l'article 694 s'est servi des mots *continue d'exister*.... Mais ces mots sont évidemment impropres, quelle que soit l'interprétation qu'on donne à cet

article; car s'ils ne conviennent pas à notre doctrine, qui prétend que la servitude ne fait alors que naître ou renaître, ils ne conviennent pas non plus à la doctrine que nous combattons, puisqu'on ne peut pas dire que la servitude *éteinte* pendant la réunion des deux fonds dans la même main, *continue d'exister* après leur séparation. Aussi, est-ce dans la section intitulée : *comment s'établissent les servitudes*, que l'article 694 est placé; et c'est se mettre trop à l'aise que de le transporter ailleurs dans la section qui a pour titre : *comment les servitudes s'éteignent!* cette transposition est impossible; et le besoin qu'on en a, prouve assez qu'il ne s'agit pas ici d'une exception à la règle de l'extinction des servitudes par la confusion, mais bien de l'établissement d'une servitude.

2° En principe d'ailleurs et en raison, il serait impossible d'expliquer la différence que l'on veut faire entre le cas où c'est le propriétaire unique des deux héritages qui, depuis leur réunion dans sa main, a mis les choses dans l'état duquel résulte la servitude, et le cas où la servitude existait entre les deux héritages avant leur réunion. Nous avons, en effet, établi plus haut (*supra*, n° 814) que l'article 693 avait seulement voulu exiger, que, au moment de la séparation des deux fonds, les choses fussent en l'état d'où la loi induisait qu'on avait entendu, de part et d'autre, les maintenir après la séparation.

Dira-t-on que la préexistence de la servitude entre les deux héritages, antérieurement à leur réunion, est une preuve de la nécessité ou du moins de la grande utilité de cette servitude? ce motif-là ne serait certes nullement décisif; aussi les partisans de cette doctrine ne l'ont-ils pas présenté; et la vérité est qu'ils n'ont pas même cherché à expliquer, par un motif quelconque, la différence si considérable qu'ils établissent entre les articles 692 et 693 et l'article 694.

3° Ajoutons enfin que cette doctrine met à la charge

de celui qui réclame une servitude en vertu de l'article 694, l'obligation d'une preuve que cet article ne lui impose nullement. D'après l'article 694, en effet, il suffit de prouver qu'au moment de la séparation des héritages, il existait un signe apparent de servitude et que le contrat ne contient, à cet égard, aucune convention;

Or il faudrait, en outre, dans la doctrine que nous venons de combattre, que l'on prouvât que la servitude avait une existence légale avant la réunion des deux fonds dans la même main; et comme il s'agit ici de servitudes discontinues, il faudrait rapporter un acte constitutif de cette servitude, preuve très-souvent impossible;

Donc, sous ce rapport encore, cette doctrine est une violation manifeste de l'article 694 lui-même (comp. Cass., 8 juin 1842, Denesples, Dev., 1842, I, 609; Cass., 17 nov. 1847, Robert, Dev., 1848, I, 30; Cass., 30 nov. 1853, Olleris, Dev., 1854, I, 679; Merlin, *Rép.*, v° *Servitudes*, 19).

821. — E. Enfin, d'après une dernière interprétation, que, pour notre part, nous proposons de suivre, les articles 692, 693 et 694 se rapportent, tous les trois, à la destination du père de famille, c'est-à-dire à l'établissement d'une servitude par l'effet de la séparation des deux héritages réunis d'abord dans la même main.

Seulement, la destination du père de famille a plus ou moins de puissance et d'effet, suivant le caractère de la servitude qu'il s'agit d'en faire résulter.

Si l'état respectif des héritages est tel, qu'il constitue, au moment de leur séparation par vente, partage ou autrement, une servitude continue et apparente, cela suffit; la destination du père de famille, par elle-même et par elle seule, *vaut titre* alors, sans qu'il soit besoin de représenter l'acte de vente ou de partage, et par cela seul qu'il est prouvé, de quelque manière que ce soit, que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire et que

les choses étaient en cet état au moment où la séparation s'est opérée; c'est le cas prévu par les articles 692 et 693.

Si, au contraire, au moment de la séparation des héritages, il n'y avait entre eux qu'un signe apparent de servitude, cette *destination* ne suffit pas; il faut, en outre, que le contrat, par suite duquel la séparation s'est opérée, *ne contienne aucune convention relative à la servitude*, et que, par conséquent, cet acte soit représenté, afin que l'induction que l'on déduit du signe apparent de la servitude, soit corroborée et confirmée par le silence du titre à cet égard; c'est le cas prévu par l'article 694.

Cette théorie, qui se concilie parfaitement, comme on le voit, avec les textes de nos trois articles, nous paraît aussi conforme à la raison et aux principes généraux.

Que la servitude continue et apparente résulte du seul fait de la séparation des deux héritages, cela se conçoit; elle est constitutive de leur manière d'être et de leur conformation même! Aussi, pour qu'elle ne continuât pas de subsister, il faudrait une clause dans le contrat, portant qu'elle sera supprimée; c'est donc à celui qui prétendrait que cette clause existe, de représenter le contrat.

Bien différente est la servitude discontinue, qui ne s'exerce que par le fait de l'homme, lors même qu'elle se révèle par un signe extérieur qui peut toujours paraître plus ou moins équivoque. Sans doute, les parties qui traitent en présence de ce signe, sans en rien dire, doivent aussi être présumées avoir entendu le maintenir activement ou passivement; mais encore faut-il qu'elles n'en aient rien dit; et dès lors, c'est à celui qui prétend qu'une servitude discontinue est résultée de la destination du père de famille, à représenter l'acte par lequel s'est opérée la division, afin de prouver qu'il ne renferme aucune clause contraire au maintien du signe apparent qui l'annonçait. Et l'article 694, ainsi entendu, se trouve

tout à fait en harmonie avec l'article 1638, qui porte que : « Si l'héritage vendu se trouvait grevé, *sans qu'il « en ait été fait de déclaration,* de servitudes non appa- « rentes, » l'acquéreur peut demander, suivant les cas, la résiliation de la vente ou une indemnité; donc, si la servitude est apparente, elle doit être supportée par l'acquéreur, sans qu'il soit besoin qu'il y ait dans le contrat une déclaration qui l'en charge; donc, l'existence d'un signe apparent de servitude d'une part, et, d'autre part, le silence du contrat, à cet égard, obligent l'acquéreur à supporter, sans recours en garantie, les servitudes même discontinues. Cette idée est tout à fait celle de notre article 694; et de la même manière que la servitude apparente, existant au profit de l'héritage d'un tiers sur le fonds vendu, devra être supportée par l'acquéreur, sans aucun recours, de même la servitude discontinue, mais apparente, naîtra, activement ou passivement, en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné, si le titre ne renferme aucune clause à cet égard (comp. Cass., 26 avril 1837, Mortarieu; et Toulouse, 21 juill. 1836, Mortarieu, Dev., 1837, I, 916 et 155; Douai, 1er juill. 1837, Lemaire, Dev., 1838, II, 22; Cass., 8 juin 1842, Denesples, Dev., 1842, I, 609; Cass., 17 nov. 1847, Robert, Dev., 1848, I, 30; Cass., 30 nov. 1853, Olleris, Dev., 1854, I, 679; Demante, *Thémis,* t. VI, p. 473, et *Cours analyt.*, t. II, n° 549 *bis;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 354; Cass., 19 juin 1861, Laloy, D., 1862, I, 461; Paris, 15 mai 1862, Disjols, D., 1862, II, 111, et Dev., 1862, I, 111; Cass., 7 janv. 1863, Hostin, *Gazette des Tribunaux*, du 8 janv. 1863; Rodière, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 nov. 1853, *J. du P.*, 1855, t. II, p. 576; Labbé, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de Metz du 3 juin 1858, *J. du P.*, 1859, p. 529 et suiv.; Dupuich, *Revue pratique du droit français*, 1862, t. XIII, p. 209 et suiv.).

822. — L'interprétation, qui précède, nous paraît

préférable à toutes les autres, parce qu'elle est, en effet, très-simple et très-conforme à l'intention vraisemblable des parties ou du disposant; or, ainsi que nous l'avons dit dès le début de ce sujet (*supra*, n° 804), il ne s'agit ici que d'une question d'intention et de volonté.

Et voilà pourquoi nous ajoutons encore que, dans l'application de l'article 694, il importe de s'attacher soigneusement à cette idée que le signe apparent d'où il est permis d'induire, dans le silence du contrat, que les parties ont entendu constituer tacitement une servitude, que ce signe, disons-nous, doit être, en effet, *un signe de servitude* (art. 694), c'est-à-dire qu'il doit supposer l'existence d'une charge susceptible d'être établie sur l'un des héritages pour l'usage et l'utilité de l'autre héritage, considérés après la séparation qui s'opère, et comme appartenant désormais à deux propriétaires différents (art. 637).

Sans doute, nous n'exigeons pas que le service dont il s'agit, que le passage, par exemple, qui se révélerait par une porte ou un chemin tracé, soit nécessaire à l'exploitation de l'un des fonds. Il suffirait qu'il fût de nature à lui procurer de l'utilité ou même de l'agrément.

Mais toujours faut-il, nous le répétons, qu'il ait ce caractère de pouvoir être considéré comme une servitude, c'est-à-dire comme un service établi, activement et passivement, entre deux fonds appartenant désormais à des maîtres différents. Si donc, le service que le propriétaire commun des deux héritages retirait de l'un au profit de l'autre, n'avait et ne pouvait avoir pour but que son utilité personnelle *pendant la réunion*, et n'était pas de nature à constituer une servitude *après la séparation*, la servitude, en effet, ne pourrait pas naître, quoique le service en question se révélât par un signe apparent, et que le contrat ne renfermât aucune convention à cet égard : comme si, par exemple, le propriétaire de deux maisons contiguës avait ouvert une porte pour commu-

niquer de l'une dans l'autre, ou même si le propriétaire d'une maison et d'un jardin avait pratiqué aussi une porte dans le mur de la maison sur le jardin; il nous paraîtrait difficile, en cas pareil, de prétendre que l'acquéreur de l'une des maisons ou de la maison aurait le droit de demander que la porte fût maintenue pour lui donner accès dans l'autre maison ou dans le jardin, où il n'aurait aucun droit à exercer, où il n'aurait pas, en conséquence, le droit d'entrer; pas plus que le vendeur ne pourrait, de son côté, élever la prétention de conserver la porte à l'encontre de l'acquéreur; car il n'y a de servitude au profit d'un fonds qu'autant qu'elle peut lui être d'un usage quelconque; or, nous supposons que cette porte ne serait d'aucune espèce d'usage, soit à l'acquéreur, soit au vendeur, et qu'elle n'avait pas été dès lors établie à perpétuelle destination (Caen, 1re chambre, 27 mars 1833, Pelfresne; Caen, 20 févr. 1855, Denis, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 82; Cass., 27 mars 1866, Faidy, Dev., 1866, I, 215; Toullier, t. II, n° 615; *voy.* aussi *supra*, n° 811).

Mais, le plus sûr, dans tous les cas, est, bien entendu, de s'expliquer à cet égard dans les contrat, vente, partage ou autre (comp. Duparc-Poullain, t. III, p. 303; Duranton, t. V, n° 572).

823. — L'article 694 n'exige pas que *le signe apparent de servitude* consiste en ouvrages d'art, de maçonnerie ou autrement. Une simple tranchée pourrait donc, suivant les cas, être jugée suffisante; et il en serait ainsi même d'un signe, qui ne résulterait que de la disposition naturelle des lieux, comme, par exemple, la direction d'un cours d'eau (comp. Bourges, 13 déc. 1825, Guillaume, Sirey, 1826, II, 222; Pau, 28 mai 1831, Lacassin, Dev., 1831, II, 201; Caen, 1re chambre, 23 août 1831, Lalande; Caen, 8 janv. 1840, Lallier, *Rec. de Caen*, t. III, p. 594; Cass., 2 avril 1854, Laurent, Dev., 1855, I, 117; Pardessus, t. II, n° 300).

Mais notons bien toutefois qu'il est nécessaire que ce signe, quel qu'il soit, artificiel ou naturel, soit permanent ; car, si la servitude peut être discontinue, dans le cas de l'article 694, il faut que le signe en soit continu, c'est-à-dire qu'il atteste un état de choses établi *perpetui usus causa*. De simples barrages momentanés ne satisferaient point à cette condition (Caen, 25 nov. 1841, Ballière, *Rec. de Caen*, t. V, p. 401 ; Zachariæ, t. II, p. 71 ; *voy.* aussi *supra*, n°s 810, 811).

C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, à cet égard, si, en fait, il existait un signe suffisamment apparent de servitude.

824. — Et l'article 694 ne s'expliquant pas plus sur la situation de ce signe que sur sa nature, il s'ensuit qu'il pourrait exister sur le fonds dominant aussi bien que sur le fonds assujetti (*supra*, n° 777 ; comp. Caen, 25 nov. 1841, Ballière, *Rec. de Caen*, t. V, p. 401 ; Cass., 2 avril 1854, Laurent, Dev., 1855, I, 117).

Nous avons même, à ce sujet, entendu proposer l'hypothèse suivante : un partage est fait entre deux cohéritiers ; dans l'un des lots se trouve un moulin à vent, et dans l'autre un champ contigu. N'est-il pas vrai que le propriétaire du champ est grevé de la servitude de ne rien faire qui puisse empêcher le moulin de tourner, et que, par exemple, il ne pourrait pas y élever une futaie?

825. — D'après l'article 694, il faut, outre l'existence du signe apparent qui la révèle, que *le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude.*

La clause générale que l'héritage est vendu *franc de toutes servitudes*, suffirait-elle pour empêcher que la servitude résultât *du signe apparent*, qui existait entre les deux fonds au moment de leur séparation?

On peut dire, pour l'affirmative, que la loi n'a point exigé une clause spéciale et *ad hoc*. (Solon, n° 393.)

Mais c'est là une question d'interprétation sur laquelle les faits et les circonstances particulières peuvent exercer

beaucoup d'influence, et à laquelle, dès lors, on ne saurait donner *à priori* une solution absolue.

Nous croirions toutefois, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, qu'en règle générale, ces mots de notre article : *aucune convention relative à la servitude,* doivent s'entendre d'une convention spéciale, et que « ce n'est qu'à l'aide d'une stipulation qui ait trait à cette servitude qu'on peut obtenir l'effet grave de changer l'état actuel et apparent des lieux.... » (2 fév. 1825, de Foresta, D., 1825, I, 114; ajout. Cass., 8 déc. 1824, Carra, D., 1825, 60.)

326. — Les articles 692 et 693 et l'article 694 (dans les hypothèses qui sont propres à chacun d'eux), ne s'appliquent-ils qu'au cas où il existe deux héritages distincts ?

Ou bien, sont-ils aussi applicables au cas de la vente ou division en plusieurs lots d'un seul et même héritage?

D'après Solon, l'article 692 ne devrait recevoir son application qu'au cas où il existe deux héritages ; tandis qu'il en serait autrement de l'article 694, qui s'appliquerait également au cas de la division en deux ou plusieurs lots d'un seul héritage (n° 289-3°).

Au contraire, d'après Pardessus (t. II, n°s 288 et 300), et d'après MM. Massé et Vergé, l'article 694, à la différence de l'article 692, ne s'appliquerait qu'au cas où deux héritages distincts cessent d'être réunis dans la même main, et non au cas où un seul et même héritage vient à être divisé (sur Zachariæ, t. II, p. 200, note 10; comp. Cass., 10 mai 1825, Delamarre, D., 1825, II, 325).

Nous croyons, pour notre part, qu'il n'y a lieu de faire, sous ce rapport, aucune distinction entre l'article 692 et l'article 694, et que l'un aussi bien que l'autre doit être appliqué, non-seulement au cas de deux héritages distincts, mais encore à celui d'un seul héritage divisé en plusieurs lots.

Tels étaient les anciens principes (comp. cout. de Paris, art. 225; d'Orléans, art. 228; de Normandie, art. 619).

Et si nos articles 692 et 694 se servent de ces mots : *les deux fonds, les deux héritages*, c'est que le législateur se place, par la pensée, au moment de la séparation, qui a toujours pour résultat de faire qu'il y a deux héritages; dans tous les cas, d'ailleurs, ce ne serait là qu'une simple énonciation, qui n'aurait rien de restrictif; car il serait impossible d'assigner, entre les deux cas, une raison de différence (comp. L. 34, ff. *De legat.*, § ult.; L. 60, ff. *De verb. signif.*; Cass., 26 avril 1837, Mortarieu, Dev., 1837, I, 916; Cass., 24 févr. 1840, Chauvin, Dev., 1840, I, 97; Cass., 17 nov. 1847, Robert, Dev., 1848, I, 30).

Dans l'opinion de ceux qui enseignent que l'article 694 ne s'applique qu'à l'hypothèse d'une servitude préexistante avant la réunion des héritages dans la même main, il est évident que cet article ne saurait recevoir d'application au cas de la division en deux ou plusieurs lots d'un même héritage, puisqu'il ne peut pas y avoir eu alors de servitude préexistante; et c'est ce qu'ont fort bien compris MM. Massé et Vergé, plus logiques, en cela, que M. Troplong, qui, dans le même rapport, où il se faisait le promoteur de cette doctrine sur l'article 694, ajoutait que cet article s'appliquait à la division en plusieurs lots d'un seul héritage (*voy.* ce rapport dans le *Rec.* de Devilleneuve, 1840, I, 98).

Mais, encore une fois, cela est impossible! et dès qu'on exige, pour l'application de l'article 694, que la servitude ait eu une existence légale antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main, il est clair que l'article devient inapplicable au cas de la division en plusieurs lots d'un seul et même héritage; or c'est là encore un argument de plus contre cette interprétation de l'article 694 (*supra*, n° 820).

827. — Au point où nous en sommes sur ce sujet, il n'y a, pour nous, aucune difficulté à décider que la destination du père de famille s'applique, soit dans le cas de l'article 692, soit dans celui de l'article 694 :

Dans les aliénations à titre gratuit aussi bien que dans les aliénations à titre onéreux (Cass., 17 nov. 1847, Robert, Dev., 1848, I, 30);

Dans les expropriations forcées, aussi bien que dans les aliénations volontaires, puisque les créanciers qui font vendre ne sont que les mandataires du propriétaire, leur débiteur (Inst., § 1, *Quib. alien. licet.*; Bourges, 17 janv. 1831, Bernard., D., 1831, II, 171; Cass., 30 nov. 1853, Olleris, Dev., 1854, I, 679; Solon, n° 390; Cass., 19 juin 1861, Laloy, D., 1862, I, 461; Dev., 1863, I, 134);

Sans distinguer s'il n'y a qu'un propriétaire unique ou s'il y a plusieurs copropriétaires, qui aliènent ou qui acquièrent (Zachariæ, t. II, p. 72);

Si l'aliénation de l'un des héritages est directe, ou ne comprend, au contraire, l'héritage cédé que par voie de conséquence (comp. Toulouse, 6 janv. 1844, Robert, Dev., 1844, II, 444; Cass., 17 nov. 1847, Robert, Dev., 1848, I, 30);

Ou si les services qui sont établis entre les deux héritages, et qui vont, par leur séparation, se transformer en servitude, sont ou ne sont pas réciproques (comp. Pardessus, t. II, n° 288).

SECTION III.

COMMENT S'EXERCENT LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

828. — Observation générale. — Avertissement.
829. — Division.

828. — Le mode d'exercice des servitudes soulève fort souvent des difficultés dans la pratique.

D'une part, le propriétaire du fonds servant prétend que le propriétaire du fonds dominant aggrave la servitude; et on ne peut nier que celui-ci n'y soit presque toujours assez enclin ;

D'autre part, le propriétaire du fonds dominant soutient que le propriétaire du fonds servant veut en restreindre l'exercice; et la vérité est que tel est, en général, son penchant.

Aussi ne saurait-on mieux faire que de régler, dans le titre constitutif de la servitude, ou dans un titre postérieur, avec le plus de précision possible, tout ce qui concerne son mode d'exercice, de manière à tarir la source de toutes les contestations et de toutes les tracasseries de ce genre.

829.— Nous allons examiner successivement :

1° Quels sont les droits et les obligations du propriétaires du fonds dominant;

2° Quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds servant;

3° De quelle manière les principes généraux s'appliquent à quelques-unes des servitudes, parmi les plus importantes et les plus usuelles ;

4° Quelles sont, de part et d'autre, les actions auxquelles les servitudes peuvent donner lieu.

N° 1.

Quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds dominant.

SOMMAIRE.

830. — Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — C'est là une règle de bon sens applicable à toutes les servitudes, de quelque manière qu'elles aient été établies.

831. — Une servitude peut exister ainsi comme accessoire d'une autre servitude, qui seule est due principalement. — Conséquences.

832. — La servitude accessoire n'est due qu'autant qu'elle est *nécessaire* pour l'exercice de la servitude principale. — Exemples.

833. — Le propriétaire auquel la servitude est due, a droit de faire sur

le fonds servant, comme sur son propre fonds, tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver. — Exemples.

834. — Suite.

835. — Suite. — Ces travaux doivent être faits de la manière la moins dommageable pour le fonds servant. — Observation.

836. — Ces travaux sont aux frais de celui auquel la servitude est due.

837. — Si l'exécution des travaux cause un préjudice au fonds assujetti, le propriétaire du fonds dominant en doit-il la réparation?

838. — Le propriétaire du fonds dominant est-il tenu de faire les ouvrages qui n'auraient d'autre but que de diminuer, dans l'intérêt du fonds servant, l'incommodité de la servitude ?

839. — En général, c'est un droit pour celui auquel la servitude est due, de faire les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver ; ce n'est point une obligation. — Cette règle admet toutefois deux exceptions.

840. — Le propriétaire du fonds dominant serait-il responsable du dommage que le propriétaire du fonds servant aurait éprouvé, soit par suite de l'insuffisance ou du mauvais état des ouvrages établis pour l'exercice de la servitude, soit même par suite d'un accident fortuit, dont les ouvrages, même convenablement établis, auraient été l'occasion?

841. — Il faut toujours que les ouvrages qui sont établis ou rétablis pour l'exercice de la servitude, n'aient pas pour résultat d'aggraver la servitude elle-même. — Exemples.

842. — Chacun des propriétaires a le droit d'exiger qu'avant le commencement des travaux, l'état des lieux soit constaté contradictoirement. — Mais cette précaution est-elle indispensable? — Renvoi.

843. — Auquel des deux propriétaires appartient, dans le silence du titre constitutif, la détermination du lieu d'exercice de la servitude?

844. — Le lieu de l'exercice de la servitude ayant été une fois déterminé, cette assignation est-elle définitive et absolue, de telle sorte qu'elle ait pour résultat de libérer les autres portions du fonds servant?

845. — Le propriétaire du fonds dominant pourrait-il demander à exercer la servitude par un endroit qui lui serait plus commode que celui par lequel il l'exerce, s'il n'en résultait aucun préjudice pour le fonds servant?

846. — La servitude ne peut être exercée que pour les besoins du fonds dominant; et ses besoins doivent être appréciés eu égard à l'état où il se trouvait au moment où la servitude a été établie.

847. — Explication de la règle d'après laquelle la servitude ne peut être exercée que pour les besoins du fonds dominant.

848. — Suite.

849. — Suite.

850. — Explication de la règle d'après laquelle les besoins du fonds dominant doivent être appréciés eu égard à l'état où il se trouvait au moment de l'établissement de la servitude.

851. — Suite.

852. — Suite.

853. — Suite.

854. — Suite.

854 *bis*. — Suite. — L'aggravation de la servitude peut-elle résulter d'un changement de destination du fonds dominant?
855. — Quel est, en ce qui concerne l'exercice de la servitude, l'effet de la multiplication des propriétaires du fonds dominant? — Il faut, à cet égard, distinguer deux hypothèses :
856. — A. De l'hypothèse où le fonds dominant appartient par indivis à plusieurs copropriétaires qui le possèdent en commun.
857. — Suite. — Du cas où la servitude est continue.
858. — Suite. — Du cas où la servitude est discontinue.
859. — Suite.
860. — Suite. — Du cas où la servitude consiste dans un fait susceptible de division.
861. — Suite.
862. — B. De l'hypothèse où le fonds dominant se trouve divisé, par l'effet d'aliénations partielles, en plusieurs lots formant désormais autant de propriétés distinctes.
863. — Suite.
864. — Suite.
865. — Suite.
866. — Les principes qui viennent d'être exposés sur les droits et les obligations du propriétaire du fonds dominant, sont d'ailleurs susceptibles de recevoir une application plus ou moins rigoureuse, eu égard à la cause d'où dérive la servitude. — Du cas où la servitude dérive d'un titre.
867. — Suite. — Du cas où la servitude dérive de la prescription.
868. — Suite. — Du cas où la servitude dérive de la destination du père de famille.
869. — Règle générale d'interprétation.
870. — Du cas où un même héritage est grevé à la fois de plusieurs servitudes de même ou de différente espèce, au profit de plusieurs autres héritages appartenant à des maîtres différents.

830. — Aux termes de l'article 690 :

« Quand on établit une servitude, on est censé accor-
« der tout ce qui est nécessaire pour en user.

« Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine
« d'autrui, emporte nécessairement le droit de pas-
« sage. »

C'est là une règle de bon sens et de nécessité, que nous aurions admise, dans le silence même de la loi : Qui veut la fin veut les moyens

Aussi, quoique les termes de notre article paraissent ne se référer qu'à la servitude établie par titre, la proposition, qu'il renferme, n'en est pas moins vraie pour toute servitude, par quelque cause qu'elle ait été établie,

par la destination du père de famille ou par la prescription, en ce sens que dès que l'on reconnaît le droit principal, il faut nécessairement aussi reconnaître les droits accessoires qui sont indispensables pour son exercice, si ce n'est qu'il convient de se montrer plus rigoureux, lorsqu'il s'agit d'une servitude acquise par prescription (Bordeaux, 25 mai 1830, Tarrade, Sirey, 1830, II, 248; L. 3, § 3, *de Servit. præd. rust.*).

831. — Une servitude peut donc exister ainsi seulement comme accessoire subordonné d'une autre servitude, qui seule est due principalement. Mais il faut faire, à cet égard, deux remarques :

La première, c'est qu'on ne peut user alors de la servitude accessoire qu'à l'effet d'exercer la servitude principale; si, par exemple, je n'ai le droit de passer sur votre fonds que pour exercer le droit de puisage que j'ai à votre fontaine, je ne puis exercer le droit de passage pour aucun autre motif; et dès que je ne vais pas puiser de l'eau, je ne puis point passer;

La seconde, c'est que la servitude accessoire s'éteint avec la servitude principale, de quelque manière que celle-ci s'éteigne, par le non-usage ou autrement. Et il ne suffirait pas que j'eusse passé sur votre fonds pendant trente ans, si je n'avais pas usé pendant ce temps de ma servitude de puisage; cette servitude serait alors éteinte (art. 708), et avec elle mon droit de passage, que je n'aurais pu ni conserver comme servitude accessoire (art. 696), ni acquérir comme servitude principale (art. 691; *voy.* aussi *infra*, n° 1025).

832. — Notez qu'il faut que la servitude accessoire, pour être due, soit une conséquence nécessaire de la servitude principale. *Nécessaire, nécessairement,* dit par deux fois l'article 696.

C'est ainsi, par exemple, qu'un droit d'aqueduc ou de canal sur le terrain d'autrui n'emporte pas, du moins dans tous les cas, le droit de passage (comp. Cass., 18

juillet 1843, comm. de Kaiversberg, Dev., 1843, I, 833; Cass., 10 déc. 1862, Poyard, D., 1863, I, 45).

De même que malgré certains dissentiments (Pardessus, t. I, n° 228; Duranton, t. V, n° 316), nous croyons que la servitude de gouttière n'emporte pas la servitude de tour d'échelle (*supra*, n° 424; Bourges, 3 août 1831, Berger, Dev., 1832, II, 131; Bordeaux, 29 déc. 1836, Duc, Dev., 1838, II, 132; Toullier, t. II, n° 646; Solon, n° 343; Daviel, t. III, n° 945).

Et en admettant même qu'il arrivât que la disposition des lieux rendît indispensable le passage sur le fonds voisin, du moins ne devrait-on pas décider aujourd'hui, comme le faisait Cœpolla, que le propriétaire de l'héritage auquel appartient la servitude d'égout, a le droit d'ouvrir une porte dans l'héritage servant! (*De Servit.*, tract. I, cap. XL, n° 6, et tract. II, cap. XLII, n°s 2, 4.) Tout ce qu'il pourrait demander, c'est que ce voisin livrât passage aux ouvriers et aux matériaux.

833. — C'est encore une règle de raison et de nécessité que celle qui est formulée par l'article 697 en ces termes :

« Celui auquel est due une servitude, a droit de faire « tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la « conserver. »

C'est principalement sur le fonds servant que cet article a pour but d'accorder au propriétaire du fonds dominant le droit de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude; car il allait de soi qu'il pouvait en établir sur son propre fonds (art. 702).

Il peut donc, par exemple, s'il s'agit d'un aqueduc, creuser le sol pour y établir un lit, un canal; s'il s'agit d'un chemin, aplanir les terres; si le terrain est tout à fait en pente, construire des degrés ou des marches, *vel gradus, vel clivos*, en forme d'escalier, émonder les branches des arbres qui embarrasseraient la voie, *arborem impendentem, per quam iter invium vel inhabile fiat;* ou

faire abattre les arbres eux-mêmes ; ou encore, s'il y a lieu, établir un pont (comp. Cass., 12 janv. 1841, Cordier, Dev., 1841, I, 332 ; L., 10, ff., *de Servit.* ; L. 20, § 1, ff., *de Servit. præd. urban.* : L. 4, § 5, ff. *si Servit. vindic.*).

Pourrait-il paver le chemin, ou y étendre une couche de cailloux pour en faire ce que nous appelons aujourd'hui un chemin ferré? Le jurisconsulte Pomponius, dans la loi précitée (L. 4, § 5, ff. *si Servit. vind.;* L. 3, § 12 et suiv., ff. *De itin. actuque priv.*), exigeait pour cela une convention spéciale, *nisi nominatim convenit.* Mais on ne saurait, dans notre droit, poser, à cet égard, de règle absolue; car ce sont là surtout des questions de fait et d'interprétation. Tout dépendra, par exemple, ici, de la nature du chemin, des services auxquels il sera destiné, du lieu par lequel il s'exercera ; et s'il est vrai qu'on devrait reconnaître au propriétaire du fonds dominant le droit de faire paver un chemin destiné au passage de chariots ou de lourdes voitures, il se pourrait qu'il n'eût pas le même droit, s'il ne s'agissait que de passer à pied ou en voiture de ville à travers un parc ou une avenue (comp. Pardessus, t. I, n° 55 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 358).

Et, bien entendu, pour tout cela, le propriétaire du fonds dominant a le droit de pénétrer dans le fonds servant, d'y faire entrer ses ouvriers, et d'y déposer ses matériaux (L. 11, § 1, ff. *Comm. præd.*).

834. — Le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire aussi *tous* les ouvrages qui sont *nécessaires,* non-seulement dans le principe, afin d'établir les lieux de manière à pouvoir *user* de la servitude, mais encore par la suite, afin de les entretenir et de les *conserver* dans le même état; et on a jugé, avec raison, que la servitude de conduite d'eau par un fossé creusé dans le fonds servant, donne le droit, non-seulement de curer le fossé, mais de rejeter sur les bords la terre, le sable ou les pierres

qui proviennent du curage (Bordeaux, 23 janv. 1828).

Mais aussi il ne peut faire que les ouvrages qui sont *nécessaires; dum ne quid ultra quam quod necesse est.... eas solas, sine quibus uti non potest* (L. 20, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*; L. 1, § 4, ff. *Si usuf. petat.*; *supra*, n° 833).

Un simple intérêt de convenance, ou même d'utilité ou de commodité, ne suffirait donc pas, en général, à moins que le propriétaire du fonds servant ne dût éprouver aucun préjudice ni aucune gêne des travaux utiles ou d'agrément, que le propriétaire du fonds dominant voudrait faire (comp. Taulier, t. II, p. 454).

835. — Ces ouvrages, d'ailleurs, doivent être faits de la manière la moins dommageable et la moins incommode pour le fonds assujetti (arg. des articles 697 et 701).

Et voilà pourquoi le propriétaire du fonds dominant ne doit les entreprendre que dans le temps opportun, à l'époque de l'année où ils causeront le moins de préjudice au fonds servant, et après en avoir préalablement averti le propriétaire, afin que celui-ci puisse faire ses observations, et en tout cas, prendre les arrangements nécessaires.

Il est bien entendu aussi qu'il doit les terminer dans un délai convenable, que le propriétaire du fonds servant pourrait d'ailleurs faire régler.

836. — D'après l'article 698 :

« Ces ouvrages sont à ses frais (du propriétaire du « fonds dominant) et non à ceux du propriétaire du fonds « assujetti, à moins que le titre d'établissement de la « servitude ne dise le contraire. »

Telle est la conséquence toute simple du caractère essentiel de la servitude, qui n'oppose au propriétaire du fonds assujetti que l'obligation purement passive de tolérer et de souffrir (*infra*, n° 871); si bien que l'on pour-

rait dire du propriétaire du fonds dominant, ce que l'article 600 dit de l'usufruitier, qu'il *prend les choses dans l'état où elles se trouvent.*

Et puisque ces ouvrages sont aux frais du propriétaire du fonds dominant, il s'ensuit qu'en règle générale le propriétaire du fonds servant n'est tenu en aucune façon d'y contribuer (comp. Cass., 22 nov. 1837, comm. de Cléry, Dev., 1838, I, 516; Cass., 11 déc. 1861, Michel, *J. de P.*, 1863, p. 34).

Si donc une expertise préparatoire est nécessaire pour l'établissement des travaux, les frais doivent en être exclusivement à la charge du propriétaire du fonds dominant (comp. Caen, 1re chambre, 19 mars 1839, Angney-Lesforgettes.)

837. — Si l'exécution des travaux cause un préjudice au fonds assujetti, comme si, par exemple, il avait fallu faire passer des chariots dans une terre ensemencée, le propriétaire du fonds dominant en doit-il la réparation ?

Taulier enseigne l'affirmative : « C'est là, dit-il, une conséquence du droit commun. La faculté de faire des ouvrages pour la conservation de la servitude est distincte de l'exercice immédiat et direct de la servitude elle-même; la loi ne dit nulle part que cette faculté sera gratuite. » (T. II, p. 455.)

Mais, d'une part, l'article 697 donne au propriétaire du fonds dominant le droit de faire ces ouvrages; et l'article 698, d'autre part, ne met à ses frais que *ces ouvrages* eux-mêmes. Ne résulte-t-il pas, dès lors, de ces deux textes que toute l'obligation de celui auquel la servitude est due, consiste à faire les dépenses relatives à l'exercice et à la conservation de la servitude? Sans doute, si les travaux occasionnent quelques déplacements dans le fonds assujetti, s'il faut, par exemple, creuser et remuer le sol, le propriétaire du fonds dominant sera tenu (nous le croyons ainsi nous-même) de rétablir les lieux dans leur premier état, de combler les vides, par

exemple, et d'aplanir le terrain ; mais il nous paraîtrait difficile de lui imposer, en outre, l'obligation d'indemniser en argent le propriétaire du fonds assujetti, du préjudice inévitable que les travaux auraient pu d'ailleurs lui causer; car ce préjudice est le résultat de la servitude elle-même, dont il est tenu de supporter toutes les conséquences, non-seulement directes et immédiates, mais encore médiates e indirectes (comp. Pardessus, t. I, n° 57).

838. — A plus forte raison, le propriétaire du fonds dominant n'est-il pas tenu de faire les ouvrages qui ne seraient utiles qu'au fonds servant ou qui n'auraient d'autre but que de diminuer, dans son intérêt, le dommage ou l'incommodité résultant de l'exercice de la servitude ?

C'est ainsi, par exemple, que celui auquel serait due une servitude d'égout sur le fonds du voisin, sans aucune autre explication, ne serait pas tenu d'établir des gouttières, alors même que ce mode d'écoulement des eaux serait moins incommode pour l'héritage servant que leur écoulement dans toute l'étendue du toit, si d'ailleurs il n'y était pas tenu non plus d'après l'usage du pays.

Pardessus enseigne également que, lorsqu'il existe un droit de pâturage dans un bois, s'il est nécessaire d'établir des fossés ou autres clôtures pour empêcher les bestiaux de se répandre de la partie défensable dans celle qui ne l'est pas, ces mesures de précaution sont à la charge du fonds grevé (t. I, n° 54). Mais cette application particulière de notre règle serait, suivant nous, contestable ; car on peut dire que c'est le propriétaire du fonds dominant qui doit faire garder ses bestiaux et veiller à ce que le droit de pâturage se renferme dans les limites qui lui ont été assignées (art. 71, C. forest.).

839. — En général, c'est un droit pour celui auquel est due une servitude, de faire tous les ouvrages néces-

saires pour en user et pour la conserver (art. 697); ce n'est point une obligation; car ces ouvrages sont, aussi bien que la servitude elle-même, dans son intérêt; et il peut, si cela lui convient, se dispenser de les faire.

Exceptons toutefois :

1° Le cas où le titre constitutif lui imposerait l'obligation de les faire; auquel cas il ne pourrait s'en dispenser qu'en abandonnant la servitude (arg. de l'article 699); et à cet égard, il faut remarquer qu'on ne pourrait imposer ainsi au propriétaire du fonds dominant (de même qu'au propriétaire du fonds servant) que l'obligation de faire des ouvrages accessoires et relatifs à l'exercice même de la servitude, comme, par exemple, de paver le chemin qui sert au passage ou de creuser l'aqueduc qui dirige les eaux. Mais l'obligation de paver la cour tout entière, qu'il ne traverserait que par un côté, constituerait de sa part, une servitude imposée à la personne (art. 686);

2° Le cas où le défaut d'entretien des ouvrages au moyen desquels la servitude s'exerce, deviendrait, pour le fond assujetti, une cause de dommage; comme, si, par exemple, il était inondé par les eaux, qui s'échapperaient d'un aqueduc, ou défoncé à raison du mauvais état du chemin.

Le propriétaire du fonds dominant serait alors obligé, ou de le réparer, ou de l'abandonner tout à fait (comp. L. 13, ff. *Si servi. vindic.;* Cass., 29 nov. 1827, Ferrière, D., 1828, I, 303; Pardessus, t. I, n° 57; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 665, note *a*).

840. — Le propriétaire du fonds dominant serait encore *a fortiori* responsable du dommage, que le propriétaire du fonds assujetti aurait éprouvé, par le motif que les ouvrages eux-mêmes auraient été établis, de quelque manière que ce fût, d'une manière insuffisante ou défectueuse.

Mais aussi, lorsque l'établissement de ces ouvrages est

ce qu'il doit être, d'après les règles de l'art, la situation des lieux et le but de la servitude, le propriétaire du fonds dominant n'est tenu, envers le propriétaire du fonds assujetti, à aucune réparation, à raison du dommage, que ces ouvrages pourraient lui occasionner par suite des circonstances naturelles, *naturaliter*, dit Pomponius; comme si, par exemple, l'héritage assujetti se trouve inondé par une crue d'eau considérable à laquelle l'aqueduc, qui est le moyen d'exercice de la servitude, a donné passage, *si imbri crescat aqua in rivo* (L. 20, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*), ou encore si une pluie extraordinaire tombant de mon toit sur le vôtre, en vertu de la servitude d'égout qui m'appartient, endommage vos tuiles ou vos ardoises. Ce n'est là qu'un cas de force majeure, dont je ne suis point responsable (comp. Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. V, n° 4; Pardessus, t. I, n° 58; Cass., 13 févr. 1867, Roydet, *le Droit* du 14 févr. 1867).

341. — Ce qui est, dans tous les cas, essentiel, c'est que les ouvrages, qui sont établis pour l'exercice de la servitude, soit sur le fonds servant, soit sur le fonds dominant, n'aient, en aucune manière, pour résultat de l'aggraver (art. 665, 702).

C'est ainsi que les fenêtres, au moyen desquelles s'exerçait le droit de vue au profit d'une maison que l'on reconstruit, doivent être établies exactement dans les mêmes dimensions, aux mêmes places et en même nombre, *secundum veterem formam* (comp. L. 12, § 1, Cod. *De ædif. privat.*; L. 1, Cod. *de Servit. et aqua.*)

Pareillement, vous ne pourriez pas agrandir ni abaisser la toiture de laquelle vous avez le droit de déverser les eaux pluviales de votre bâtiment sur mon fonds. Mais le jurisconsulte Paul pensait que vous pouviez l'élever plus haut, *altius tolli potest;* car si la condition du fonds servant ne peut pas être aggravée, il est clair qu'elle peut être améliorée; or, la servitude d'égout, disait-il, est amoindrie, *levior, quum quod ex alto cadit, lenius, et*

interdum direptum, non perveniat ad fundum servientem (L. 30, § 5, ff. *de Servit. præd. rust.*). Cette solution serait aussi généralement vraie dans notre droit; du moins dépendrait-elle des circonstances (comp. Metz, 12 juin 1807, Faynot, Sirey, 1807, II, 180; Zachariæ, t. II, p. 82; Pardessus, t. I, n° 56).

De même encore, en réparant le chemin par lequel s'exerce la servitude de passage, il n'est permis ni de l'élargir, ni de le creuser ou de l'élever, ni de l'allonger autrement qu'il n'était, et de manière à le rendre plus préjudiciable ou plus gênant pour le propriétaire du fonds grevé (L. 3, § 15, ff. *De itin. actuque privato*).

842. — Chacun des propriétaires, celui de l'héritage servant, aussi bien que celui de l'héritage dominant, a certainement le droit d'exiger qu'avant le commencement des travaux qui doivent être faits, l'état des lieux soit contradictoirement constaté par un procès-verbal; et cette précaution est généralement fort bonne à prendre.

Mais est-elle toujours indispensable? c'est ce que nous examinerons plus bas (n° 975).

843. — C'était autrefois une question très-controversée que celle de savoir auquel des deux, du propriétaire du fonds dominant ou du propriétaire du fonds servant, appartenait le droit de déterminer, dans le silence du titre constitutif, le lieu par lequel devait s'exercer la servitude, la place, par exemple, et la direction soit du chemin pour un passage, soit de l'aqueduc pour une prise d'eau.

Dumoulin professait que le choix devait toujours appartenir au propriétaire de l'héritage servant : « .... *electio loci exercendæ servitutis non est creditoris, sed debitoris, etiam in testamentis, dummodo sine captione et civiliter eligat.* » (*De div. et indiv.*, part. III, n° 87; ajout. Voët, *ad Pandect. de servit. præd. rust.*, n° 8; Cœpolla, tract. I, cap. XXIII, n°s 1-5; Molitor, *de la Possession*, p. 363).

Et tel est encore le sentiment qui a été enseigné sous notre Code, par Toullier (t. II, n° 655).

Mais Lalaure (*des Servit.*, liv. I, chap. XI) voulait, au contraire, que ce choix appartînt au propriétaire du fonds dominant, sous la condition aussi de l'exercer *civiliter*, c'est-à-dire de la manière la moins dommageable pour le fonds servant, de ne point, par exemple, traverser les vignes, ni les jardins, et aussi de ne point varier, une fois son choix fait (arg. de la loi 9, ff. *de Servit.*; comp. Voët, sur cette loi ; Pothier, *ad Pandect.* lib. VIII, tit. III, n° 5; L. 26, ff. *de Servit. præd. rust.*).

Sans chercher ici à concilier les différents textes romains que l'on invoquait de chaque côté, bornons-nous à dire que, dans notre droit nouveau, ni l'une ni l'autre de ces solutions ne serait, suivant nous, admissible. Ce n'est pas plus au propriétaire du fonds dominant qu'au propriétaire du fonds servant qu'appartient la détermination du lieu d'exercice de la servitude; et s'ils ne s'accordent pas à l'amiable sur ce point, la question ne peut être résolue que par les tribunaux, qui statueront *ex æquo et bono*, d'après toutes les circonstances de l'espèce (arg. des articles 683, 684, 701 ; Pardessus, t. I, n° 62).

844. — Est-ce à dire que le lieu de l'exercice de la servitude ayant été une fois déterminé, cette assignation soit définitive et absolue, en ce sens qu'elle ait pour résultat d'affranchir, même *in futurum*, les autres parties du fonds servant, qui ne pourraient plus, en conséquence, être atteintes, lors même que l'exercice de la servitude sur le lieu d'abord déterminé, serait devenu impossible par un accident quelconque?

Si l'acte constitutif, à titre gratuit ou onéreux, en même temps qu'il établit la servitude, détermine limitativement la portion du fonds par laquelle elle s'exercera, cette portion est la seule qui soit grevée ; et les autres portions ne pourront jamais, quoi qu'il arrive, être atteintes.

La même solution devrait encore, suivant nous, être appliquée en général, dans le cas où la servitude aurait pour cause la prescription ou la destination du père de famille; car la place par laquelle elle devra s'exercer, a été alors déterminée en même temps que la servitude; et l'assignation du lieu de l'exercice, ayant dans ce cas la même origine et la même date, est inhérente au droit lui-même (comp. Cass., 16 janv. 1838, Caseaux, Dev., 1838, I, 570; *voy.* toutefois *supra*, n° 780).

Mais faut-il en dire autant du cas où la servitude est établie par titre, sur un héritage, sans aucune détermination de la portion de cet héritage pour l'exercice de la servitude; ou même du cas où la détermination, que ferait le titre, serait reconnue, en fait, purement démonstrative et réglementaire?

Un texte de Javolenus semble favoriser beaucoup l'affirmative (L. 13, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*); et cette doctrine est enseignée, dans notre droit, par plusieurs jurisconsultes (comp. Pardessus, t. I, n° 61; Demante, t. II, n° 555 *bis*, II).

Nous ne croyons pas toutefois qu'elle soit exacte : c'est alors, en effet, le fonds servant tout entier, qui a été affecté à l'exercice de la servitude (L. 21, ff. *de Servit. præd. rust.*); sans doute, pour l'exécution, il y a lieu de tracer une voie soit pour le passage, soit pour l'aqueduc; mais il ne s'ensuit nullement que les autres portions du fonds servant puissent être déclarées affranchies; car en droit, ce mode d'affranchissement n'est écrit nulle part; et en fait, il pourrait être souvent fort inique, comme si, par exemple, le propriétaire du fonds dominant avait acheté cette servitude de passage sur tout le fonds et l'avait payée en conséquence.

« Quand le chemin qui doit la servitude, s'éboule ou devient impraticable, disait Roupnel, on peut en exiger un autre sur le détenteur de partie du fonds servant, quoiqu'il l'ait possédé comme libre pendant plus de qua-

rante ans. » (T. II, p. 813, sur l'article 607 de la cout. de Normandie.)

845. — Mais l'article 701 n'accordant qu'au propriétaire du fonds assujetti la faculté de demander le changement de l'assiette primitive de la servitude, il s'ensuit que le propriétaire du fonds dominant ne pourrait pas demander à l'exercer par un endroit qui lui serait plus commode que celui par lequel elle s'exerce, lors même qu'il serait prouvé qu'il n'en résultera aucun préjudice pour le propriétaire du fonds servant.

Cette proposition est vraie, surtout lorsqu'il s'agit d'une servitude dont il n'y a pas de titre, et qui n'ayant été établie que par la prescription ou par la destination du père de famille, n'a jamais affecté déterminément que le lieu même où elle s'est trouvée constituée.

Peut-être, lorsqu'il s'agit d'une servitude établie par titre sur un fonds, sans aucune détermination du lieu par lequel elle devra s'exercer, on pourrait dire que le fonds servant étant alors assujetti tout entier, le propriétaire du fonds dominant, en demandant un déplacement utile pour lui et sans inconvénient pour le propriétaire du fonds assujetti, ne demanderait pas à grever de la servitude une portion du fonds qui n'en serait pas atteinte, puisque toutes les portions en sont affectées ; et on pourrait ajouter que si l'article 701 ne s'est occupé que du cas où la demande du déplacement de l'assiette de la servitude est formée par le propriétaire du fonds servant, c'est qu'en effet ce cas étant le plus fréquent, se sera seul présenté à la pensée du législateur (comp. Cass., 23 juillet 1855, Tallavigne, *Gazette des Tribunaux* du 25 juillet 1855 ; *voy.* aussi *supra*, n° 844 ; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. I, p. 817).

Néanmoins, en présence des termes de l'article 701, et comme *en matière de servitude, tout est de droit étroit*, a dit la Cour de cassation, le plus sûr serait encore de n'accorder, en aucun cas, au propriétaire du fonds dominant,

la faculté de demander le déplacement de l'assiette de la servitude (comp. L. 9, ff. *de Servit.;* Cass., 16 mai 1838, Cazeaux, Dev., 1838, I, 570; Cass., 1er déc. 1863, Laperlier, Dev., 1864, I, 126; Serres, liv. II, tit. III, p. 137; Duranton, t. V, n° 623 *ter;* Pardessus, t. I, n° 61; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 362).

846. — C'est un principe général, en cette matière, d'une part, que la servitude ne peut être exercée que pour l'utilité du fonds dominant, dans la limite de ses besoins; et d'autre part, que ses besoins doivent être appréciés eu égard à l'état où il se trouvait au moment où la servitude a été établie.

Cette double proposition est très-exacte; et elle dérive évidemment de l'article 702, qui est ainsi conçu :

« De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne « peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, « ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds « à qui elle est due, de changement, qui aggrave la con- « dition du premier. »

Toutefois, il importe de bien entendre notre règle et surtout de l'appliquer avec discernement et avec mesure.

847. — D'abord, que la servitude ne puisse être exercée que dans l'intérêt du fonds, ou de la partie du fonds, pour l'usage et l'utilité duquel elle a été établie, cela est certain (art. 637).

Elle ne saurait, en conséquence, être ni vendue ni louée à un tiers séparément de cet héritage (*supra*, n° 670); pas plus qu'elle n'est susceptible d'être étendue à d'autres héritages, quelque indemnité d'ailleurs que pût offrir, pour cette extension, le propriétaire du fonds dominant au propriétaire du fonds servant. Si donc la servitude consiste dans le droit de prendre dans un héritage de l'eau, du sable, de la marne, du bois, etc., pour les besoins d'un autre héritage, sans autre limitation, l'eau, le sable, la marne ou le bois, qui seront extraits du fonds servant, ne pourront être employés qu'aux besoins du

fonds dominant lui-même, *non ultra, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit* (L. 5, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*).

Mais il est permis de mettre en doute si la règle devrait être appliquée avec la même rigueur, lorsque la quotité de ces sortes de perceptions est déterminée par un nombre fixe de mesure ou autrement. L'affirmative paraîtrait encore, même dans ce cas, conforme aux principes, d'autant plus que l'on peut dire que la détermination de la quotité n'a eu pour objet que de fixer une limite, au delà de laquelle le fonds grevé ne pourrait être tenu de supporter la servitude, même quand les besoins du fonds dominant seraient plus étendus (Pardessus, t. I, n° 59). Mais pourtant sans intérêt, point d'action; or, quel est l'intérêt du propriétaire du fonds servant à ce que le propriétaire du fonds dominant fasse tel ou tel emploi de ces perceptions, dès que finalement il n'en prend que la quotité déterminée par son titre ? C'est ainsi que nous avons vu que l'usager, encore bien qu'il n'ait droit aux fruits que dans la limite de ses besoins, peut néanmoins disposer, comme bon lui semble, de sa part afférente de fruits, une fois qu'il en est approprié (*voy.* notre tome X, n° 773); or, on ne peut nier le grand rapport de ressemblance qui existe entre ces deux hypothèses. Ajoutons que cette solution aurait le grand avantage de prévenir, entre les propriétaires des deux fonds, beaucoup de difficultés, qui pourraient naître de la doctrine contraire (comp. Toullier, t. II, n° 651 ; L. 1, § 16, ff. *De aqua quotid. et æst.; voy.* aussi *supra*, n°s 88, 150 et 210).

848. — On ne saurait d'ailleurs prétendre que le propriétaire du fonds dominant communique abusivement le profit de la servitude à d'autres fonds, dans le cas où cette communication n'est que le résultat de l'exercice légitime de son propre droit. C'est ainsi que celui qui a une servitude de prise d'eau pour l'irrigation de son hé-

ritage, ne pourrait être tenu d'y retenir et d'y faire séjourner cette eau, au risque de la rendre nuisible, de bienfaisante qu'elle doit être; il peut donc la faire sortir de son héritage; et si la direction qu'il lui donne, a pour résultat d'en procurer l'avantage à d'autres fonds, si même il prend, à cet effet, des arrangements avec les propriétaires de ces autres fonds, le propriétaire du fonds servant n'est pas fondé à s'en plaindre, toutes les fois, bien entendu, que sa condition n'en sera pas aggravée (comp. Cœpolla, tract. I, cap. XIV, n° 16; Dumoulin, *Div. et indiv.*, part. III, n°s 240, 341, 342; Pardessus, t. I, n° 59).

849. — Non-seulement la servitude ne peut être exercée que pour les besoins du fonds dominant; mais, par suite du même principe, elle ne peut être exercée que dans l'intérêt de ceux de ces besoins, pour lesquels elle a été établie.

C'est ainsi qu'une servitude de prise d'eau, constituée déterminément pour l'irrigation d'un fonds, ne pourrait pas être employée pour l'abreuvage des bestiaux; de même qu'un passage accordé pour l'exploitation d'un champ, ne pourrait être exercé pour le service d'une maison.

Mais, à cet égard, il importe bien de considérer si l'usage de la servitude est, en effet, déterminé et limité, ou si, au contraire, la servitude a été établie indéterminément pour tous les usages que comporte l'espèce de servitude dont il s'agit.

On a demandé, par exemple, si celui qui a une servitude de conduite d'eau, *aquæductus*, sur le fonds qui sépare sa propriété d'un cours d'eau, peut changer la destination des eaux, et s'il peut, au lieu de les employer, comme par le passé, à l'irrigation de ses terres, les appliquer à mettre en mouvement une usine.

La négative ne pourrait être admise qu'autant qu'il serait reconnu, en fait, que la destination et le mode d'emploi ont été déterminés (comp. Cass., 15 janv. 1834, Lio-

tard, D., 1834, I, 41; Cass., 20 nov. 1839, Brémond, Dev., 1839, I, 918).

Mais autrement, et toutes les fois qu'il s'agit d'une servitude qui a directement pour objet la conduite d'eau elle-même, nous croyons que le propriétaire du fonds dominant, de quelque manière que la servitude ait été acquise, par titre ou même par prescription, peut employer ces eaux sur son fonds à tel usage que bon lui semble, et les appliquer, par conséquent, à mettre en mouvement une usine, lors même que cette usine ferait concurrence à une autre usine existant sur le fonds servant. « Ce n'est pas le mode d'usage des eaux, disait fort bien M. le conseiller Mesnard, qui est alors fixé par la prescription; c'est le droit de les prendre et de les amener de ce point de départ au fonds dominant; une fois rendues là, qu'importe l'usage que le propriétaire de ce fonds en fera. » (Comp. Cass., 6 mars 1849, Mortillet, Dev., 1849, I, 499; Pardessus, t. II, n° 285; et *supra*, n° 88.)

850. — Nous avons dit, en second lieu (*supra*, n° 846), que les besoins du fonds dominant devaient être appréciés, eu égard à l'état où il se trouvait au moment de l'établissement de la servitude :

« Ad modum et exigentiam loci dominantis, quæ erat « tempore constitutæ servitutis, non autem ut possit no- « tabiliter augeri, multo minus extendi ad villas, latifun- « dia postea quæsita et annexa per dominantem.... »

C'est en ces termes que Dumoulin posait notre règle (*De div. et indiv.*, part. III, n° 83).

C'est qu'en effet la servitude ne dérive que du consentement expresse ou tacite, suivant les cas, du propriétaire du fonds servant; or, ce propriétaire n'a évidemment consenti à la servitude que pour le service et l'exploitation du fonds dominant, tel qu'il l'a vu au moment où la servitude a été établie.

Si donc, par exemple, vous avez sur mon fonds un droit de puisage ou de passage pour telle maison déter-

minée, vous ne pourrez pas l'étendre à une autre maison, soit que vous en fussiez déjà propriétaire au moment de la constitution de la servitude, soit que vous l'ayez bâtie ou achetée depuis (*voy.* toutefois *infra*, n° 852). Autrement, on pourrait faire ainsi, dit encore fort justement Dumoulin, d'un chemin privé, *de itinere privato,* une sorte de chemin vicinal ou public, *via vicinalis vel publica* (*loc. supra cit.*).

851. — Cette règle toutefois étant, comme nous venons de le dire, fondée sur l'interprétation de la volonté des parties, il s'ensuit que la servitude peut recevoir, dans son exercice, certaines modifications ou même certaines augmentations, auxquelles les parties ont pu et dû s'attendre, et auxquelles elles doivent, en conséquence, être réputées avoir consenti.

Et d'abord, point de doute que les accroissements survenus par alluvion au fonds dominant, d'après les articles 556 et 557, ne doivent participer aux avantages de la servitude (arg. de l'article 696; Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 4; *supra,* n° 152, et notre tome X, n°s 84 et suiv.).

Nous croirions même, malgré une décision contraire de Pomponius (L. 3, § 2, ff. *De aqua quot. et æstiv.*), que cette solution devrait être appliquée à l'hypothèse prévue par l'article 559 (*voy.* notre tome X, n° 112 *bis;* Pardessus, t. I, n° 59; Duranton, t. V, n° 610).

Mais, quant à l'île qui naîtrait dans le fleuve ou dans la rivière vis-à-vis du fonds dominant, il ne nous paraîtrait pas que, d'après les principes du Code Napoléon sur cette matière, elle pût être considérée comme une dépendance du fonds dominant, à l'effet de participer au bénéfice de la servitude (*voy.* aussi notre tome X, n° 158).

852. — Des arrêts ont décidé :

1° Qu'une servitude de passage établie au profit d'un fonds, peut être exercée pour tous les cheptels attachés à ce fonds, lors même qu'ils seraient devenus plus considé-

rables qu'à l'époque de la constitution de la servitude, par l'effet d'améliorations faites aux prairies, d'un plus grand nombre de terrains mis en herbe, et de la division des exploitations (comp. Cass., 30 déc. 1839, Brucy, D., 1840, I, 81) ;

2° Que si un droit de passage a été constitué en termes indéfinis, il doit être maintenu, encore bien que le fonds dominant, qui était un couvent à l'époque de l'acte constitutif de la servitude, ait été transformé en auberge (Caen, 2e chambre, 5 mai 1838, Lejuyeur);

3° Qu'une servitude de passage établie par un acte de partage sur un fonds, en faveur de certains fonds compris dans d'autres lots, pouvait être exercée pour le service des bâtiments construits depuis le partage, comme pour le service de ceux déjà construits à cette époque (comp. Caen, 27 août 1842, Aze, Dev., 1843, II, 101; Caen, 16 mars 1854, Ameline, *Rec. de Caen*, t. XVIII, p. 125).

Et nous croyons que ces décisions ont pu être bien rendues, dans chacune de ces espèces, d'autant plus que, dans celle qui a été jugée par l'arrêt précité du 16 mars, le passage avait été établi *pour tous usages*.

Il est vrai qu'en général, le propriétaire du fonds dominant ne peut pas aggraver, du moins d'une manière sensible et appréciable, *notabiliter*, disait Dumoulin (*loc. supra cit.*, n° 850), la servitude, soit par des changements de destination, de culture ou d'exploitation, qu'il opérerait dans le fonds dominant, soit par des constructions qu'il y établirait (comp. Cass., 9 nov. 1824, D., 1824, II, 501; Cass., 15 janv. 1834, Dev., 1834, I, 49; Lyon, 27 juin 1849, Valorge, Dev., 1850, II, 179; Pardessus, t. I, n° 236; Zachariæ, t. II, p. 82).

Mais c'est là une règle qui n'a rien d'absolu, et qui ne s'oppose pas à ce que l'on reconnaisse, en fait, que le propriétaire du fonds servant a dû prévoir certains changements, qui pourraient s'opérer dans le fonds do-

minant, et qu'il y a d'avance consenti (comp. Rouen, 11 mars 1846, Coste, Dev., 1846, II, 472; *voy.* aussi Cass., 5 janv. 1858, de Bourneville, Dev., 1858, I, 288; Cass., 28 juin 1865, Couprie, Dev., 1865, I, 339).

353. — Et, pour la solution de ces sortes de difficultés, il importe de bien examiner de quelle manière la servitude a été établie :

1° Si c'est seulement pour l'utilité de la superficie ou pour l'utilité du fonds lui-même : *ad solum magis quam ad superficiem;* c'est ainsi qu'une servitude, qui ne serait constituée qu'en faveur d'un héritage planté en vignes, à raison même de ce mode déterminé de culture, *certo generi agrorum,* ne pourrait être exercée limitativement que dans l'intérêt de ce genre d'exploitation; tandis que la servitude qui serait établie *ad solum*, serait indépendante de l'espèce de culture à laquelle le sol serait employé (comp. L. 13, princ., ff. *de Servit. præd. rust.;* Bartole, *ad hanc legem;* Cœpolla, tract. I, *de Servit.*, cap. x, n° 1);

2° Si c'est en faveur de tout le fonds, *omnibus ejus partibus*, ou seulement d'une certaine partie du fonds, *ad certam partem fundi*, que la servitude a été établie (comp. L. 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rust.;* L. 6, ff. *de Servit.*);

3° Si la servitude ayant été établie pour l'utilité de la superficie, comme par exemple d'un bâtiment ou d'une usine, ne doit profiter qu'à l'heritage même sur lequel le bâtiment ou l'usine est édifiée, ou si elle peut, au contraire, être employée pour le service d'autres héritages. C'est ainsi que l'on a pu décider diversement en fait :

Dans telle espèce, que le droit de passage attaché à une grange comprise dans l'un des lots d'un partage, peut être exercé non-seulement pour le transport des récoltes provenant des fonds compris dans le partage, mais encore pour le transport des récoltes provenant de fonds étrangers à ce partage, et que la grange pouvait contenir (comp. Caen, 27 août 1842, Aze, Dev., 1843, II, 101);

Et, au contraire, dans telle autre espèce, que celui qui, par suite du partage des biens d'une succession, a un droit de servitude sur un pressoir existant dans l'un des fonds de son copartageant, ne peut user de ce pressoir que pour les récoltes provenant des fonds qui lui sont advenus par le partage (comp. Caen, 23 janv. 1849, Humbert, Dev., 1849, II, 718). Et cette dernière interprétation doit être suivie de préférence, à moins de circonstances particulières, comme étant la plus conforme aux principes généraux.

854. — L'exercice de la servitude ne peut pas être aggravé, même indirectement et occasionnellement, par l'effet des changements ou des additions que le propriétaire du fonds dominant y ferait. *Tamen non potest ea occasione*, disait encore Dumoulin, *duriorem servitutis conditionem facere* (*loc. supra cit.*, n° 850; art. 702).

C'est ainsi que l'on a enseigné qu'une servitude de passage, par exemple, établie pour le service d'une maison déterminée, ne pouvait pas être étendue au service d'une autre maison adjacente, lors même que l'on passerait à travers la maison dominante pour se rendre à cette dernière maison (comp. Roupnel, sur l'article 607 de la cout. de Normandie; nouveau Desgodets, part. I, chap. v, art. 3, § 3).

Et cette proposition nous paraît généralement vraie, sous la réserve qu'il faut toujours faire des circonstances particulières, qui ont une si grande part d'influence dans toutes ces questions d'interprétation sur l'étendue et le mode d'exercice des servitudes (comp. Montpellier, 2 janv. 1834, d'Hers, D., 1834, II, 190).

C'est en ce sens que la Cour de cassation a décidé que les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation pour déclarer que des actes, d'ailleurs préjudiciables au fonds servant, constituent ou ne constituent pas une aggravation de servitude dans le sens légal de ce mot, tel que l'article 702 l'emploie; et par suite la Cour a rejeté

le pourvoi formé contre un arrêt, qui avait jugé qu'une servitude de passage concédée en faveur d'une métairie, donne au propriétaire de cette métairie le droit d'exploiter, par les fonds grevés de la servitude, une carrière nouvellement ouverte, bien que le propriétaire du fonds dominant reconnaisse lui-même que la nouvelle exploitation défonce le sol, par lequel s'exerce le passage (Cass., 28 juillet 1855, Mesplésond, *le Droit* du 25 juillet 1855).

Nous ajouterons toutefois que cette décision nous paraît très-grave ; et sans doute elle était, en fait, justifiée par les circonstances de l'espèce.

854 *bis*. — La Cour d'Agen a jugé, en principe, que :

« Pour qu'il y ait aggravation d'une servitude de passage, dans le sens de l'article 702, il faut que l'aggravation soit la suite d'un fait qui aggrave la servitude par des changements opérés dans l'état des lieux; que ce qui peut être fait pour l'usage même de la servitude, sans qu'il ait été porté aucune modification, ni dans le fonds servant, ni dans le fonds dominant, ne peut constituer une aggravation dans le sens légal. »

Et, en conséquence, la Cour a décidé, en fait, qu'un passage qui avait été accordé pour le service d'un terrain non bâti, pouvait être, sans aggravation de la servitude, employé pour le service d'une *maison de tolérance*, que le propriétaire du fonds dominant y avait ensuite établie (4 juill. 1856, Bousquet, Dev., 1857, II, 65).

En droit, nous croyons que le principe de l'arrêt est trop absolu, et que l'aggravation de la servitude peut aussi résulter du changement de destination du fonds dominant, lorsque ce changement est tel, qu'il est évident que les parties, lors de l'établissement de la servitude, n'y ont pas songé ni dès lors consenti (*supra*, n°s 849-851).

Et, en fait, il nous paraît que l'établissement d'une maison de débauche est certes l'une des plus intolérables aggravations d'une servitude de passage, ainsi que notre

honorable confrère, M. P. Gilbert, l'a justement remarqué, dans ses observations sur l'arrêt précité (Dev., 1845, II, 65). Tel est aussi le sentiment très-bien motivé de M. Dalloz, dans ses observations sur le même arrêt (1857, II, 95, notes 1, 2).

855. — Nous venons de rechercher quel peut être, relativement au fonds servant, l'effet des changements ou des augmentations qui peuvent survenir dans le fonds dominant lui-même.

Occupons-nous maintenant des changements qui peuvent s'opérer dans la personne des propriétaires, lorsque, par exemple, le fonds dominant est transmis, par la mort du propriétaire, à plusieurs héritiers ou successeurs.

Quel va être, en ce qui concerne l'exercice de la servitude, l'effet de cette multiplication des propriétaires du fonds dominant?

Ceci nous amène à l'article 700, qui est ainsi conçu :

« Si l'héritage, pour lequel la servitude a été établie, « vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque « portion, sans néanmoins que la condition du fonds « assujetti soit aggravée.

« Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, « tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par « le même endroit. »

Afin de poser exactement les principes qui gouvernent cette situation, il faut distinguer deux hypothèses :

A. Celle où le fonds dominant appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, qui le possèdent en commun;

B. Celle où il a été divisé en plusieurs lots, qui appartiennent désormais séparément à chacun des copartageants.

856. — A. Nous supposons, en premier lieu, que l'héritage dominant appartient à plusieurs copropriétaires par indivis.

On pourrait croire que c'est à cette première hypothèse

que l'article 700 se réfère; car si ces mots, qu'il emploie d'abord : *Si l'héritage.... vient à être divisé...*, se rapportent au cas où le partage du fonds dominant a eu lieu, les mots dont il se sert ensuite : *tous les copropriétaires*, semblent supposer, au contraire, l'indivision et la jouissance commune; et quelques-uns ont pensé, en effet, que l'article 700 avait en vue cette dernière hypothèse (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, note sur l'article 700). Mais il nous paraît plus vraisemblable que ces mots *les copropriétaires* sont inexacts dans notre article, et que sa disposition se réfère au cas qu'il exprime très-nettement, par ces mots : « Si l'héritage, pour lequel la servitude a été établie, *vient à être divisé....* »

Quoi qu'il en soit, dans l'état d'indivision, la servitude étant due elle-même, comme nous l'avons dit, indivisiblement à toutes les parties du fonds, la règle est que chacun des copropriétaires a le droit de l'exercer, sans néanmoins, dit notre article 700, que la condition du fonds assujetti soit aggravée (L. 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rust.*).

C'est sur le développement de cette règle que nous devons nous arrêter un peu.

857. — Lorsque la servitude est continue, c'est-à-dire lorsqu'elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme, telle qu'une servitude d'appui, d'égout ou de vue, l'application de cette règle ne peut guère soulever de difficultés; car la multiplication des propriétaires, dans ce cas, n'apporte véritablement aucun changement ni aucune aggravation dans le mode d'exercice de la servitude.

858. — Mais lorsque la servitude est discontinue, c'est-à-dire lorsqu'elle ne s'exerce que par le fait actuel de l'homme, tels que les droits de passage ou de puisage, est-ce que cette multiplication des intéressés ne va pas devenir nécessairement une cause d'aggravation?

Et comment sera-t-il dès lors possible de concilier,

d'une part, le droit, pour chacun des nouveaux propriétaires du fonds dominant, d'exercer la servitude, avec le droit, d'autre part, pour le propriétaire du fonds servant, de s'opposer à toute aggravation qui en serait le résultat?

Il existe, à la vérité, certaines servitudes, même parmi celles qui sont discontinues, où l'augmentation du nombre des propriétaires du fonds dominant pourra ne pas devenir une cause d'aggravation; telle, par exemple, qu'une servitude de passage pour l'exploitation agricole d'un domaine. Évidemment, quel que soit le nombre des copropriétaires de ce domaine, il ne sera pas nécessaire d'exercer le passage plus souvent, ni autrement, ni à aucune autre époque de l'année, que lorsque le domaine n'appartenait qu'à un seul; car l'exploitation de l'héritage lui-même se fait toujours, et dans tous les cas, de la même manière.

Mais il en sera tout autrement de beaucoup d'autres servitudes, et, par exemple, du droit de passage, qui appartiendrait à une maison d'habitation. Il est manifeste alors que la multiplication des propriétaires, en augmentant le nombre des allants et venants, peut aggraver notablement la condition du fonds assujetti.

Que décider en cas pareil?

Dumoulin enseignait que la circonstance que le fonds dominant était devenu la propriété de plusieurs, ne devait nullement aggraver la condition du fonds servant; et, en conséquence, il décidait qu'il faudrait, dans ces hypothèses, recourir à l'autorité du juge pour faire régler le mode d'exercice de la servitude de la part de ces nouveaux intéressés : « .... ita ut nec ex divisione vel « augmento fundi, nec ex multiplicatione dominorum « fundi augeri potest vel durior fieri modus vel usus ser- « vitutis, quam esset ab initio.... » (*Extricat. labyrinth. sexdec. Leg.*, n°s 49, 50, 51; comp. aussi Pardessus, t. I, n° 64).

Mais cette doctrine, ainsi formulée, serait, à notre avis, trop absolue :

Et d'abord, il est évident qu'elle serait quelquefois d'une application impossible; comme dans l'exemple que nous venons de proposer, d'une servitude de passage établie, d'une maniere indéterminée, pour le service d'une maison. Comment et par quels procédés le juge pourrait-il alors limiter l'exercice de la servitude! cela serait impraticable. Aussi, notre article 700, qui prend précisément pour exemple un droit de passage, reconnaît-il virtuellement à tous les copropriétaires, quel que soit leur nombre, le droit de l'exercer, par cela même qu'il se borne à dire qu'ils devront l'exercer par le même endroit; il faut ajouter sans doute aussi et aux mêmes heures et pour le même objet, qui auraient été déterminés; car ils n'ont, à eux tous, qu'une seule et même servitude de passage, à savoir : celle qui existait déjà en faveur du fonds; mais enfin cette servitude-là, telle qu'elle est, chacun d'eux a le droit de l'exercer, nous le répétons, si grand que soit leur nombre, et lors même que la servitude serait très-onéreuse, comme si le passage, par exemple, s'exerçait par un jardin, une cour ou même par l'allée d'une maison. L'article 700 est formel sur ce point; et aucune intervention du juge ne saurait, en ce cas, le modifier (comp. Demante, t. II, n° 556; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 361).

859. — Cette solution, qui est incontestable lorsque c'est par la mort du propriétaire que le fonds dominant s'est trouvé appartenir à plusieurs héritiers, qui sont venus l'habiter, chacun avec son ménage, cette solution devrait-elle être appliquée aussi dans le cas où le propriétaire du fonds dominant aurait vendu ce fonds à plusieurs, et se serait ainsi, volontairement par son propre fait, substitué un grand nombre de propriétaires, qui tous prétendraient au droit de passage ?

Les textes mêmes de la loi, non moins que les prin-

cipes, nous paraissent commander encore l'affirmative :

D'une part, l'article 700 s'applique à tous les cas où *l'héritage pour lequel la servitude a été établie, vient à être divisé*, soit par la mort du propriétaire entre ses héritiers, soit autrement ; il ne distingue pas ; et c'est ce que prouve le mot générique de *copropriétaire*, qu'il emploie et que l'on retrouve encore dans les articles 709 et 710 ; la loi 23, § 3, au Digeste *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, appliquait même positivement cette solution au cas d'aliénations partielles : *et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur ;*

D'autre part, comme nous ne supposons pas que la servitude ait été limitée par le titre, la règle est qu'elle est due pour les besoins du fonds dominant ; et en conservant notre exemple d'un droit de passage établi pour le service d'une maison, la règle est que ce droit sera dû et pourra être exercé non-seulement pour l'utilité déterminée et personnelle de celui qui en était propriétaire à l'époque de la constitution de la servitude, mais pour l'utilité de la maison elle-même, et pour tout autant que, suivant les circonstances, cette utilité pourra le demander ; or, de la même manière que le propriétaire du fonds servant a dû prévoir que le propriétaire du fonds dominant pourrait mourir, laissant plusieurs héritiers, et qu'il a accepté nécessairement l'éventualité de l'aggravation qui pourrait en résulter dans l'exercice de la servitude, de même il a dû prévoir et accepter les éventualités qui résulteraient des aliénations ou même des simples baux, que le propriétaire de la maison dominante consentirait soit à plusieurs acquéreurs, soit à plusieurs locataires.

Pardessus, en admettant cette solution, ajoute toutefois que « si un jugement condamnait le propriétaire du fonds dominant, qui a vendu en détail, à des dommages-intérêts, le jugement n'aurait rien de contraire à l'équité ni aux principes. » (T. I, n° 64.)

Mais pourtant si, comme on en convient, le propriétaire n'a fait qu'user de son droit, et si la servitude suit toutes les portions du fonds dominant, où donc trouver le principe d'une responsabilité pouvant donner lieu à des dommages-intérêts?(Comp. art. 1382, 1383 ; Marcadé, art. 700.)

860. — Nous avons parlé jusqu'à présent des servitudes, dont l'exercice consiste dans un fait indivisible, tel qu'un droit de passage.

Quant aux servitudes, dont l'exercice consiste dans un fait susceptible de division, comme, par exemple, un droit de prise d'eau, ou le droit d'extraire du fonds servant du sable, de la marne ou d'autres substances, de deux choses l'une :

Ou la quantité des substances qui pourront être extraites, est déterminée à un chiffre; et alors, pas de difficulté ; les copropriétaires, à eux tous, n'en peuvent prendre que cette quantité ; de même que s'il s'agissait d'un droit de pacage pour un nombre de têtes limité, ils ne pourraient pas en envoyer un plus grand nombre;

Ou, au contraire, la quantité et le nombre sont indéterminés, et doivent, en conséquence, se mesurer d'après les besoins de l'exploitation du fonds dominant ; et, dans ce cas, nous croyons qu'en principe, l'étendue ni le mode d'exercice de la servitude ne doivent pas être augmentés au préjudice du fonds servant, par la circonstance que le fonds dominant appartient désormais à plusieurs copropriétaires ; car cette circonstance n'augmente pas les besoins de l'exploitation du fonds lui-même ; et il en sera ainsi dès lors toutes les fois qu'en effet les besoins du fonds dominant, auxquels la servitude doit satisfaire, seront indépendants du nombre des propriétaires de ce fonds, comme une prise d'eau pour l'arrosage d'un fonds, ou le droit de prendre du bois pour la réparation d'un bâtiment (art. 700 ; comp. Bourges, 13 nov. 1838, Charpin, Dev., 1839, II, 84 ; Demante, t. II, n° 556 *bis*, III ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 361).

Mais le motif même, que nous venons de donner, prouve assez qu'il n'en serait plus ainsi, dans le cas, au contraire, où les besoins du fonds dominant, auxquels la servitude est destinée à pourvoir, seraient de nature à augmenter avec le nombre des propriétaires. Vous avez, par exemple, concédé un droit de puisage à votre fontaine pour les besoins d'une maison qui, au moment de la constitution de cette servitude, appartenait à Paul, alors célibataire ou veuf sans enfants. Paul se marie et il a des enfants; est-ce que vous pourrez l'empêcher de puiser désormais à votre fontaine une plus grande quantité d'eau, eu égard à l'augmentation des besoins de sa maison?

Nous ne saurions le croire (arg. des articles 630 et 633).

Ou encore, Paul, qui était seul, lorsque la servitude a été établie, décède, laissant trois enfants qui viennent s'établir dans la maison, chacun avec son ménage; pourrez-vous les empêcher de puiser de l'eau pour les besoins de ces trois familles?

Oui, répond Pardessus, à qui j'emprunte cet exemple, et qui veut que la quantité que ces trois héritiers ensemble pourront prendre, ne dépasse pas celle que leur auteur employait lui-même à ses propres besoins (t. I, n° 63).

Non, répondrai-je de mon côté; car cette servitude de puisage a été accordée pour les besoins de la maison, et non pas pour les besoins personnels et individuels de Paul; or, on a pu et dû prévoir que les besoins de la maison pourraient changer, augmenter ou diminuer, avec les changements que le temps et les événements amènent toujours dans la personne des propriétaires. Tout ce que l'on peut dire, en cas pareil, c'est qu'il pourrait y avoir lieu à l'intervention du juge, qui réprimerait les abus, s'il en existait; mais nous ne saurions admettre qu'il dût restreindre nécessairement l'étendue de la servitude aux besoins personnels du propriétaire primitif (comp. Aubry

et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 81, note 1 ; Taulier, t. II, p. 458).

861. — Lorsque tous les copropriétaires du fonds dominant en jouissent ainsi par indivis, chacun peut-il exercer seul, pour le tout, la servitude, sans le concours des autres, dès que ceux-ci n'y mettent pas opposition ?

L'affirmative est évidente, lorsque l'exercice de la servitude consiste dans un fait indivisible, tel, par exemple, qu'un droit de passage (art. 700).

Et nous croyons qu'il faut également l'adopter, dans le cas où le fait qui constitue l'objet de la servitude, est susceptible de division, comme le droit de prendre une certaine quantité d'eau, ou d'extraire une certaine quantité de sable ou de marne :

1° Parce que les articles 709 et 710, en déclarant que la jouissance de l'un des copropriétaires par indivis, empêche la prescription à l'égard de tous, supposent que l'un d'eux, en effet, exerce valablement la servitude au nom de tous, et que ces articles ne font aucune distinction entre les différentes espèces de servitudes;

2° Parce que cette solution est conforme aux principes généraux : soit en matière de copropriété, où les communistes, de même que les associés, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (arg. de l'article 1859); or, l'exercice d'une servitude n'est qu'un acte d'administration et de conservation ; soit en matière d'indivisibilité, où chacun des copropriétaires ou créanciers a le droit d'agir seul pour le tout (art. 1124; ajout. art. 1197, 1198). Et telle était aussi la conclusion de Dumoulin : « .... *nec erunt plures servitutes, sed unica; .... singulis una tantum eadem debetur in solidum.* » (Extricat. labyrinth. sexdec. Leg., n° 50 ; comp. Pardessus, t. I, n° 63; Demante, t. II, n° 556 *bis*, V.)

862. — B. Notre seconde hypothèse est celle où le fonds dominant se trouve divisé, par l'effet d'un partage ou d'aliénations partielles, en plusieurs lots, formant

désormais autant de propriétés distinctes (*supra*, n° 855).

Quel est, relativement à l'exercice de la servitude, le résultat de ce morcellement?

Si la servitude est telle, qu'elle n'ait été établie que pour l'usage et l'utilité d'une certaine partie seulement du fonds, il est clair que le lot, dans lequel se trouvera cette partie, sera seul désormais le fonds dominant, et qu'elle ne pourra pas être exercée par les propriétaires des autres lots. Or, la servitude peut être ainsi circonscrite et cantonnée, *ad certam partem fundi* (L. 6, ff. *de Servit.*), soit par le titre constitutif, soit par son objet : — par le titre, comme s'il a été stipulé que la servitude, par exemple, un droit de passage, n'existerait que pour le service d'un jardin, sans pouvoir être étendu à la maison adjacente; — par son objet, comme une servitude d'appui ou d'égout, ou de vue, pour l'utilité d'une maison (comp. Toullier, t. II, n° 653; Demante, t. II, n° 556 *bis*, I).

865. — Mais supposons que la servitude étant applicable à toutes les parties du fonds dominant, ou du moins à une certaine région de ce fonds, le fonds dominant, ou la région dominante de ce fonds, soit divisé en plusieurs lots.

Comment chacun des copropriétaires de ces fonds désormais distincts exercera-t-il la servitude?

La règle alors est qu'il y a désormais autant de servitudes distinctes que de lots.... *Perinde est*, dit le jurisconsulte Celse, *atque si ab initio duobus fundis debita sit* (L. 6, § 1, ff. *si Servit. vind.*).

Pardessus, toutefois, n'admet pas cette règle; car il enseigne au contraire que :

« La servitude reste en commun, et que chacun des copropriétaires du fonds, quoique divisé, reste copropriétaire de la servitude.... » (T. I, n° 64.)

Il est vrai que l'article 700, qui parle du cas où l'hé-

ritage pour lequel la servitude a été établie, vient à être divisé, ajoute aussi que *tous les copropriétaires* devront l'exercer par le même endroit. Mais précisément, nous avons déjà remarqué (*supra*, n° 856) que ces expressions sont inexactes et que même on a mis en question, à cause de cela, si l'article 700 se référait véritablement au cas où le morcellement de l'héritage dominant a eu lieu (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, note sur l'article 700).

Quoi qu'il en soit, les articles 709 et 710 démontrent évidemment, suivant nous, que notre Code a consacré, à cet égard, le principe romain ; ce n'est, d'après ces articles, qu'autant que l'héritage dominant est indivis, que la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard des autres; donc, après la division, chacun jouit pour son compte et dans l'intérêt seulement de la portion du fonds qui lui est échue; ce qui revient à dire que ces différentes parties sont désormais considérées isolément et comme formant autant de fonds dominants distincts et séparés.

Et qu'on n'objecte pas que cette multiplication d'une servitude unique en plusieurs servitudes, aura pour résultat d'aggraver la condition du fonds servant. — Tout au contraire! elle ne peut que lui profiter : *nec fit injuria*, dit encore Celse, *ei cujus fundus servit; imo si quo melior* (L. *supra cit.*).

En effet, d'une part, comme nous le verrons bientôt (n° 1000), la servitude peut s'éteindre désormais plus facilement par le non-usage, *quoniam alter dominorum utendo sibi, non toti fundo proficit;*

Et, d'autre part, l'exercice de ces servitudes attachées à chacun des lots doit toujours avoir lieu de manière à ne pas aggraver la condition du fonds servant, pas plus que si la division du fonds dominant ne s'était pas opérée (art. 700; *supra*, n°s 855 et suiv.).

864. — Cela posé, de deux choses l'une :

Ou l'objet de la servitude consiste dans un fait indivisible, comme un droit de passage; et alors, chacun des lots en conservera évidemment l'exercice pour le tout; et les différents propriétaires devront, bien entendu, l'exercer par le même endroit (art. 700);

Ou, au contraire, le fait qui forme l'objet de la servitude, est susceptible de division, *aut mensura*, *aut temporibus* (L. 19, § 4, ff., *Comm. divid.*), comme le droit de prendre dans un fonds de l'eau, de la marne, du sable, etc.; et dans ce cas, il faut encore sous-distinguer :

Si les copartageants ont réglé entre eux l'exercice de la servitude, soit en le divisant également ou inégalement, entre les différents lots, soit même en l'attribuant exclusivement à l'un des lots, ce règlement sera obligatoire, sans que le propriétaire du fonds servant puisse le contester, s'il n'en résulte pour lui aucune aggravation de la servitude (comp. Cass., 20 juin 1827, Broyard, *J. du P.*, t. LXXX, p. 178; Amiens, 17 avril 1828, mêmes parties, *J. du P.*, t. LXXXI, p. 568);

Si, au contraire, les copartageants ne se sont pas expliqués à cet égard, nous croyons que l'exercice ou l'émolument de la servitude devra se diviser proportionnellement entre les différents lots; car, puisque, d'après la loi, la servitude elle-même se divise en autant de servitudes qu'il y a de lots, la conséquence inévitable en est que l'exercice, qui n'est que la servitude mise en action, se divise également. Cette division serait, en général, facile, dans le cas où la servitude consisterait à prendre une quantité déterminée d'eau, de sable ou d'autres substances. Si la quantité n'en était pas déterminée, elle serait alors, comme nous l'avons vu, limitée aux besoins du fonds dominant; et la division devrait s'en faire entre les différents lots, eu égard aux besoins particuliers de chaque lot, et de manière que ces divers contingents particuliers n'excédassent pas la mesure des besoins antérieurs du fonds dominant considéré dans son intégrité (comp.

Cœpolla, tract. 2, cap. IV, n° 13; Pardessus, t. I, n° 64; Demante, t. II, n° 556 *bis*, II et III).

865. — Il importe de remarquer d'ailleurs que le principe d'après lequel, en cas de division du fonds dominant, la servitude *reste due pour chaque portion* (art. 700), que ce principe, disons-nous, s'applique dans les rapports du fonds dominant vis-à-vis du fonds servant.

Mais on n'en saurait conclure que les différentes portions, entre lesquelles le fonds dominant est divisé, se trouvent ainsi grevées, les unes à l'égard des autres, de servitudes mutuelles, pour l'exercice de la servitude qui leur est due par le fonds servant.

Le fonds A, par exemple, est grevé envers le fonds B de la servitude *altius non tollendi;* et voilà que le fonds B est partagé en deux lots. Celui auquel appartient la portion contiguë au fonds A peut-il y élever des constructions? Il est clair qu'il pourra en résulter que celui qui a l'autre portion, sera privé de la vue que le fonds B tout entier avait droit d'exercer sur le fonds A; et on a, en conséquence, prétendu que l'un des coportionnaires ne pouvait pas empêcher l'autre de jouir de la servitude; autrement, a-t-on dit, il arriverait, contrairement à l'article 700, que cette servitude ne profiterait pas à toutes les portions entre lesquelles le fonds dominant a été divisé.

Mais il est clair que ce serait là créer une servitude nouvelle sur une des portions du fonds dominant pour l'utilité d'une autre portion; or, aucun texte de la loi ne crée ainsi de plein droit des servitudes mutuelles entre les différentes portions du fonds dominant, pour l'exercice de la servitude qui appartenait à ce fonds.

Cette servitude nouvelle ne pourrait donc résulter que d'une clause de l'acte de division, ou de la destination du père de famille; mais, dans ce dernier cas, il faudrait du moins qu'il y eût un signe apparent de servitude

(art. 694). Il n'y aurait exception à ce principe qu'autant qu'il s'agirait d'un passage nécessaire pour cause d'enclave, qui pourrait être alors présumé avoir été tacitement concédé à l'une des portions sur les autres (*supra*, n°s 602, 603 ; comp. Aix, 18 nov. 1854, Rougemont, Dev., 1855, II, 33).

866. — Les principes que nous venons d'exposer sur le mode d'exercice des servitudes, sur les charges accessoires qu'entraîne la charge principale (art. 696), sur les ouvrages que le propriétaire du fonds dominant a le droit d'établir (art. 697), sur les changements qui peuvent survenir dans les choses ou dans les personnes; ces principes, disons-nous, sont d'ailleurs susceptibles de recevoir une application plus ou moins rigoureuse, eu égard à la cause d'où dérive la servitude.

Si la servitude a été établie par un titre, c'est d'après ce titre, bien entendu, qu'il faut en régler l'*usage et l'étendue* (art. 686, 702). Lorsque les clauses en sont claires et formelles, il faut s'y tenir; et, en général, on doit reconnaître qu'une servitude établie par titre sans restriction ni limitation, doit être exercée avec toute la plénitude d'usage dont elle est susceptible, eu égard à sa nature, à l'état des héritages et aux usages des localités; *in dubio, limitata non præsumitur servitus*, a dit Dumoulin (*de div. et indiv.*, part. III, n° 83); l'article 2016 de notre Code prouve, en effet, que même dans les matières de droit strict, telles que le cautionnement, une obligation indéfinie dans ses termes doit être appliquée avec toute l'étendue qu'ils comportent.

Si les clauses du titre laissent des doutes, il faut l'interpréter d'après les règles générales (art. 1156-1164), plus strictement toutefois lorsque la servitude résulte d'un contrat synallagmatique, et surtout d'un jugement de condamnation, que lorsqu'elle a pour cause un testament (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Servit.*, § 3; Toullier, t. II, n° 654; Pardessus, t. II, n° 270).

Le but de la servitude, les titres récognitifs, s'il y en a, seront aussi à prendre en considération.

Surtout la possession, c'est-à-dire le mode d'usage et d'exercice, qui aura été suivi antérieurement, sera l'un des éléments les plus décisifs; et cela, même à l'égard de celles des servitudes qui ne peuvent pas s'acquérir par la possession; car il ne s'agit pas de les acquérir, puisque nous supposons qu'il existe un titre qui les établit; il ne s'agit que d'interpréter ce titre et de reconnaître quelle a été l'intention des parties; or, la possession, c'est l'exécution! et l'exécutiou, c'est l'interprétation vivante et animée donnée au titre par les parties elles-mêmes! Et, bien entendu, les faits de possession allégués pourraient, dans ce cas, comme toujours, être établis par la preuve testimoniale (comp. Cass., 9 nov. 1824, Sirey, 1825, I, 242; Cass., 29 février 1832, comm. de Gayan, Dev., 1832, II, 260; Cass., 16 juillet 1855, Sens-Griet, *le Droit*, du 17 juillet 1855; Pardessus, t. II, p. 286; Zachariæ, t. II, p. 83; Solon, n° 402).

Dans le doute absolu enfin, c'est la faveur de la liberté qui l'emporte; et il faut répondre pour le fonds servant (art. 1162)

867. — Si la servitude n'a été établie que par prescription, les droits du propriétaire du fonds dominant sont écrits dans cette maxime : *quantum possessum, tantum præscriptum;* et il ne peut rigoureusement alors que continuer à exercer la servitude dans les mêmes limites et sous les mêmes conditions et restrictions qui ont accompagné la possession d'où elle est issue (comp. L. 14, princ., ff., *si Servit. vind.*; Dumoulin, cout. de Paris, tit. I, § 12, gloss. 7, n° 34; Dunod, *des Prescript.*, part. I, chap. IV, p. 23).

C'est ainsi que celui qui aurait acquis, par la prescription, une servitude de vue par le moyen d'une seule fenêtre, de telle dimension et garnie de barreaux de fer, ne pourrait pas en ouvrir une seconde, ni changer les

dimensions de celle qu'il a acquise, ni supprimer les barreaux (comp. Cass., 1er juill. 1861, Fornari, Dev., 1862, I, 81).

868. — Enfin, si la servitude résulte de la destination du père de famille, son étendue et ses effets doivent être déterminés d'après l'état des lieux, au moment de la division des héritages, et limitée aux seuls droits qui en sont la conséquence nécessaire; et, en général, l'état actuel des héritages est réputé conforme à leur ancien état (comp. Caen; 2e ch., 19 nov. 1628, Brisart; et 20 janv. 1829, Poupion; Loiseau, *du Déguerpissement*, t. VIII, n° 12, p. 185).

Il est juste aussi d'ailleurs de tenir compte également de l'ensemble des circonstances dans lesquelles la servitude a été constituée, et particulièrement de l'espèce et de l'étendue du service pour lequel le père de famille a établi l'arrangement duquel résulte la servitude (comp. Cass., 26 juill. 1831, Fuchy, Dev., 1831, I, 346; Demante, t. II, nos 552, 553).

869. — Ces sortes de questions, dans la pratique, ne sont souvent susceptibles d'être résolues par les magistrats qu'au moyen d'une sorte d'arbitrage *ex æquo et bono*, et dans lequel il convient, en général, de prendre pour guide cette double règle :

D'une part, qu'il faut, le plus possible, concilier ce qui est le plus avantageux pour le fonds dominant avec ce qui est le moins incommode pour le fonds servant;

Et d'autre part, néanmoins, que l'on doit, dans le doute, se décider en faveur de ce dernier (comp. *supra*, n° 866; Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. XXII, sect. I, n° 9).

870 — Cette espèce d'arbitrage réglementaire des tribunaux a encore l'occasion de s'exercer, lorsqu'un même héritage est grevé à la fois de plusieurs servitudes de même ou de différente espèce, au profit de plusieurs autres héritages appartenant à des maîtres différents.

C'est alors aussi aux magistrats qu'il appartient de

déterminer, dans le silence des titres, un ordre de jouissance simultané ou successif, qui empêche les propriétaires de divers fonds dominants de se nuire réciproquement dans l'usage de leurs servitudes respectives; comme, par exemple, s'il s'agit d'un droit de puisage à une source ou à une fontaine, de régler pour chacun, les heures d'exercices, ou la quantité d'eau qu'il pourra y puiser (comp. Legrand, cout. de Troyes, art. 175, n° 3; Bouhier, cout. de Bourgogne, chap. LXII, n° 79.)

N° 2.

Quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds servant.

SOMMAIRE.

871. — Le propriétaire du fonds servant n'est tenu que de l'obligation purement passive de laisser faire et de souffrir.

872. — Chez les Romains, le propriétaire du fonds servant ne pouvait pas être obligé, en vertu du titre, de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, excepté dans le cas de la servitude *oneris ferendi*.

873. — Notre Code admet, au contraire, la validité de cette clause.

874. — Faut-il décider encore aujourd'hui que l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, résulte de plein droit, à la charge du propriétaire du fonds servant, de la servitude *oneris ferendi?*

875. — La clause qui met les ouvrages à la charge du propriétaire du fonds dominant, n'a pas besoin d'être expresse; elle peut être tacite.

876. — Cette charge peut être imposée au propriétaire du fonds assujetti par un acte postérieur au titre constitutif. — Pourrait-elle résulter de la possession?

877. — Cette charge ne peut avoir pour objet que des ouvrages qui ont directement trait à l'exercice de la servitude.

878. — Suite.

879. — Suite. — *Quid*, si c'est par la faute du propriétaire du fonds dominant qu'il est nécessaire de réparer les ouvrages pour l'exercice de la servitude?

880. — Cette charge est purement réelle; et le propriétaire auquel elle a été imposée, peut s'en affranchir en abandonnant le fonds assujetti. — Se transmet-elle passivement à quiconque acquiert ce fonds, même à titre singulier?

881. — Le propriétaire du fonds assujetti pourrait-il renoncer à cette faculté d'abandon?

882. — Est-ce le fonds assujetti tout entier qu'il faut abandonner pour

s'affranchir de la charge des réparations? Est-ce seulement la partie du fonds sur laquelle s'exerce la servitude?

883. — Est-ce seulement pour l'avenir, pour les réparations à faire *in futurum*, que le maître du fonds assujetti peut s'affranchir de cette charge par l'abandon?

884. — Faut-il que cet abandon soit accepté par le propriétaire du fonds dominant? — En quelle forme doit-il être fait?

885. — Du caractère et des effets de cet abandon.

886. — Suite.

887. — Le propriétaire du fonds assujetti peut se servir de son fonds, et même de la partie de son fonds, qui est le plus spécialement affectée à l'exercice de la servitude. — Exemples.

888. — Suite. — Mais, dans ce cas, le maître du fonds servant doit contribuer, avec le maître du fonds dominant, aux fonds d'établissement et d'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice du service en question. — Dans quelle proportion?

889. — Pourrait-on convenir que le propriétaire du fonds assujetti n'aura pas le droit de se servir de son fonds, dans l'endroit qui est affecté à l'exercice de la servitude, ou d'en retirer l'avantage dans lequel consiste la servitude?

890. — Suite. — Cette convention ne peut-elle pas même résulter tacitement du titre constitutif de la servitude et de l'ensemble des faits?

891. — Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode.

892. — Suite. — Celui qui a concédé une servitude de pacage sur son fonds alors en friche, peut-il le défricher de manière que le droit de pacage ne puisse plus désormais s'exercer?

893. — Le propriétaire du fonds servant peut faire, chez lui, à l'effet de diminuer l'incommodité que lui cause l'exercice de la servitude, ou d'en tirer lui-même quelque avantage, des ouvrages que le propriétaire du fonds dominant ne pourrait pas toujours faire lui-même à l'effet d'user de la servitude. — Exemple.

894. — *Quid*, si le propriétaire du fonds servant a fait un ouvrage quelconque, qui a rendu l'exercice de la servitude plus difficile ou moins complet?

895. — Suite. — L'obligation qui en résultera pour lui de remettre les lieux dans leur premier état, est-elle personnelle seulement? Ou se transmet-elle, au contraire, réellement à tous les acquéreurs, même à titre singulier, du fonds assujetti?

896. — Suite. — *Quid*, si l'obstacle apporté à l'exercice de la servitude provenait, non pas du fait du propriétaire du fonds servant, mais du fait d'un tiers ou d'un cas fortuit?

897. — *Quid*, en sens inverse, si c'était le propriétaire du fonds dominant qui eût fait quelque ouvrage nuisible au fonds servant? L'action en réparation, qui en résulterait, serait-elle réelle et de nature à pouvoir être exercée contre son successeur, même à titre singulier?

898. — Le propriétaire du fonds servant peut demander le déplacement de l'assiette de la servitude. — Dans quels cas et sous quelles conditions?

899. — Suite.

900. — Suite.
900 *bis*. — Le changement de l'assignation du lieu d'exercice de la servitude peut-il résulter de la prescription? — Renvoi.
901. — Suite.
902. — Le propriétaire du fonds servant peut-il, de sa propre autorité, opérer le déplacement du lieu d'exercice de la servitude?
903. — Suite. — A la charge de qui doivent être les frais que peut nécessiter ce déplacement?
904. — La faculté, pour le propriétaire du fonds servant, de demander le déplacement du lieu de l'exercice de la servitude, est imprescriptible. — Pourrait-elle être exercée plusieurs fois pour la même servitude?
905. — Serait-il permis d'insérer dans l'acte constitutif de la servitude, une clause portant que le propriétaire du fonds assujetti ne pourra pas demander le déplacement du lieu d'exercice de cette servitude?
906. — Le propriétaire du fonds dominant pourrait-il aussi, de son côté, demander le déplacement de l'assiette de la servitude. — Renvoi.
907. — De la division du fonds servant en plusieurs portions distinctes.
908. — Suite.
909. — Suite.
910. — Quel serait l'effet de la division du fonds servant, dans le cas où le titre constitutif de la servitude aurait mis à la charge du propriétaire de ce fonds les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude?
911. — Les augmentations ou accroissements que le fonds servant pourrait recevoir, ont-ils pour effet d'augmenter les droits du propriétaire du fonds dominant?

871. — Régulièrement le propriétaire du fonds servant n'est tenu que d'une obligation toute passive : *ut patiatur aut non faciat* (L. 15, § 1, ff. *de Servit.*)

Tolérer ou s'abstenir, tel est son seul devoir; car il doit seulement laisser au propriétaire du fonds dominant la faculté d'exercer librement la servitude.

Aussi, avons-nous vu que les ouvrages nécessaires à cet effet sont aux frais du propriétaire du fonds dominant et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti (art. 698; *supra*, n° 836).

872. — Cette règle avait été sévèrement maintenue chez les Romains; et ils n'admettaient pas qu'il fût possible de stipuler, à titre de servitude prédiale, que le propriétaire du fonds servant serait tenu de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude.

Une exception toutefois avait prévalu, relativement

à la servitude dite *oneris ferendi;* et elle résultait de plein droit de cette espèce de servitude (comp. L. 6, § 2 et 3 ff., *si Servit. vind.* ; L. 33, ff., *de Servit. præp. urban.*).

873. — L'article 698, au contraire, après avoir déclaré que les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude sont aux frais du propriétaire du fonds dominant, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, cet article ajoute cette disposition :

« .... A moins que le titre d'établissement de la ser-
« vitude ne dise le contraire. »

D'où résultent, comme on le voit, sur ce point deux différences entre la législation de Rome et la nôtre :

D'une part, en effet, notre Code n'admet, en aucun cas, que le propriétaire du fonds assujetti soit tenu, de plein droit, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude ;

Mais, d'autre part, il décide, comme règle générale, qu'il est permis, par acte constitutif de la servitude, de mettre ces ouvrages et ces frais à sa charge.

874. — Et d'abord, disons-nous, le propriétaire du fonds servant n'est tenu aujourd'hui, de plein droit, pour aucune espèce de servitude, de l'obligation de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires pour en user.

L'opinion contraire a néanmoins été enseignée ; et l'on a prétendu qu'une exception résultait virtuellement du caractère particulier de la servitude d'appui, *oneris ferendi*, qu'il ne faut pas confondre avec la servitude *tigni immittendi* et qui consiste précisément dans le droit d'appuyer ses poutres ou un ouvrage quelconque sur le mur du voisin ; or, l'existence d'un mur étant indispensable pour que cette servitude soit possible, il s'ensuit nécessairement, dit-on, que le voisin doit entretenir et réparer le mur qui forme, dans ce cas le sujet passif de la servitude. Aussi l'ancienne jurisprudence française était-elle, à cet égard, conforme au droit romain (comp. Davot

et Bannelier, t. II, p. 658; Duranton, t. V, nos 503 et 613).

Si, par la servitude *oneris ferendi* on entend l'obligation où se trouve le propriétaire de l'étage inférieur d'une maison de supporter le poids de l'étage supérieur appartenant à un autre propriétaire, on suivra les règles établies par l'article 664.

Mais en dehors de cette hypothèse, les termes absolus de notre article 698 ne permettent, en aucun cas, suivant nous, de mettre à la charge du propriétaire du fonds assujetti les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, si le titre ne déclare pas qu'il devra les faire (comp. Cass., 7 juin, 1859, ville de Clamecy, *J. du P.*, 1861, p. 71 ; Toullier et Duvergier, t. II, n° 665; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 82; Solon, n° 572; Taulier, t. II, p. 456; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 359; Demante, t. II, n° 555 *bis*, I; Berriat-St-Prix, *Revue crit. de jurisprud.*, 1861, t. XIX, p. 210 et suiv.).

875. — Tout ce que l'on peut dire, c'est que la clause de l'acte par laquelle le propriétaire du fonds assujetti serait chargé de faire les ouvrages nécessaires pour user de la servitude, c'est, disons-nous, que cette clause n'a pas besoin d'être expresse; elle pourrait n'être que tacite; et il appartient aux magistrats de reconnaître, d'après les règles ordinaires d'interprétation, qu'elle a été la volonté des contractants ou du disposant, en remarquant pourtant que cette charge ne doit pas être facilement, présumée (comp. Caen, 2e ch., 21 juin 1839, d'Hugleville).

Sous ce rapport, il sera possible que l'on tienne compte aussi de l'espèce de servitude qui aura été établie, pour induire, plus ou moins facilement, des termes de l'acte et de diverses circonstances d'exécution qui auront accompagné et suivi l'établissement de la servitude, que les parties ou le disposant ont entendu mettre les ou-

vrages à la charge du propriétaire du fonds assujetti (comp. le n° suivant ; Pardessus, t. I, n° 67).

876. — Il est évident, d'ailleurs, que cette charge peut être imposée au propriétaire du fonds assujetti, non pas seulement comme semblerait le dire l'article 698, *par le titre d'établissement de la servitude*, mais encore par un titre postérieur; il n'y a aucun motif pour que cette convention postérieure ne soit pas valable; et les termes de notre article ne sont certainement, à cet égard, que démonstratifs.

Domat voulait même que le propriétaire du fonds assujetti fût valablement soumis à cette charge, non moins que par le titre, *par une possession qui pût en tenir lieu* (*Lois civ.*, liv, I, tit. XII, sect. IV, n° 2).

Mais cette doctrine serait aujourd'hui inadmissible; car cette charge constitue une servitude discontinue qui ne saurait s'établir que par titre (art. 691).

La *possession*, c'est-à-dire la confection des ouvrages par le propriétaire du fonds assujetti, ne pourrait donc servir, en cas de doute, qu'à faire interpréter contre lui l'obscurité de l'acte constitutif (comp. Pardessus, t. I, n° 67, et t. II, n° 286).

877. — Nous avons déjà dit aussi que cette charge ne peut être valablement imposée au propriétaire du fonds assujetti, qu'autant qu'elle constitue un accessoire de la servitude (*supra*, n° 677); et il faut, par conséquent, que les ouvrages qu'il est chargé de faire, aient directement trait à l'exercice et à la conservation de la servitude elle-même (comp. art. 697, 698).

Toute autre obligation de faire, qui lui serait imposée et qui n'aurait pas pour objet *les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver*, serait inadmissible (art. 637, 686).

878. — Et remarquons que son obligation, à cet égard, ne se rapportant qu'à l'établissement et au maintien des choses dans l'état nécessaire pour l'exercice de

la servitude, il n'est pas tenu au delà ; et que conséquemment, lorsqu'il y a lieu, par exemple, de reconstruire un mur ou tout autre bâtiment nécessaire à cet effet, il n'est obligé que de faire cette reconstruction elle-même, sans être tenu de supporter la dépense résultant de la démolition des ouvrages qui s'y trouveraient appuyés, dépense qui sera à la charge de celui auquel ces ouvrages appartiennent (comp. L. 6, § 5, 6 et 7 ; L. 8, ff., *si Servit. vind.*; Delvincourt, t. I, p. 166, note 5 ; Pardessus, t. I, n° 69).

879. — Encore moins, le propriétaire du fonds assujetti serait-il tenu de faire les réparations, dont le besoin n'aurait été occasionné que par la faute du propriétaire du fonds dominant ou de ceux dont il doit répondre ; comme, par exemple, s'il avait défoncé le chemin avec des charrettes trop pesamment chargées, etc. (art. 1382, 1383).

880. — Aux termes de l'article 699 :

« Dans le cas même où le propriétaire du fonds assu-
« jetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ou-
« vrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de
« la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge,
« en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du
« fonds auquel la servitude est due. »

Ainsi, la charge est alors purement réelle (comp. Lyon, 24 févr. 1858, d'Aubigny, Dev., 1859, II, 495 ; Cass., 7 mars 1859, mêmes parties, Dev., 1859, I, 904 ; et les *Observations* de M. Gauthier sur cet arrêt, *J. du P.* 1859, p. 657, 658 ; *voy.* toutefois Montpellier, 11 mai 1858, chemin de fer de Lyon, Dev., 1859, II, 33).

D'où il suit :

D'une part, qu'elle cesse de peser, ainsi que le déclare notre texte, sur celui-là même qui l'a consentie ou à qui elle a été imposée, et par conséquent aussi sur ses héritiers ou successeurs universels, dès qu'ils abandonnent le fonds servant ;

Et, d'autre part, qu'elle atteint quiconque acquiert, même à titre singulier, la propriété de ce fonds (comp. Cass., 3 avril 1865, Boy, Dev., 1865, I, 216).

Cette seconde conséquence a toutefois été contestée par MM. Aubry et Rau, qui enseignent que la charge d'entretien et de réparation ne se transmet point passivement à tous les possesseurs de l'héritage servant; *car*, disent nos savants collègues, *elle ne consiste ni dans un service à rendre par la chose assujettie, ni dans un usage auquel cette chose serait affectée* (sur Zachariæ, t. II, p. 81, note 3).

Mais précisément, cette obligation, contraire aux principes d'après lesquels *les services ne doivent pas être imposés à la personne* (art. 686) et qui ne permettent pas non plus que le propriétaire du fonds servant soit tenu de faire ni de payer, cette obligation, disons-nous, n'a été autorisée exceptionnellement que parce qu'elle aurait le caractère d'une charge réelle accessoire de la servitude, et qui, bien qu'elle ne pût être acquittée que par la personne, serait considérée comme la dette du fonds, de même que la servitude dont elle est une modalité et dont elle doit, en conséquence, revêtir le caractère.

Labeo ait, hanc servitutem non hominem debere, sed rem;... et non alii competit, quam domino ædium et adversus dominum, sicut cæterarum servitutum intentio (L. 6, § 1 et 2, ff., *si Servit. vind.*).

Voilà ce que disaient les jurisconsultes romains de l'obligation, qui, dans la servitude *oneris ferendi*, pesait sur le propriétaire du bâtiment assujetti, *ædium*, d'entretenir et de réparer son mur; or, nos articles 698 et 699 ne font autre chose que d'autoriser cette même obligation dans toutes les servitudes.

Et c'est bien à cause de cela que cette obligation ne peut avoir pour objet que des travaux accessoires nécessaires pour l'exercice de la servitude (*supra*, n° 877); s'il ne s'agissait que d'une obligation personnelle ordi-

naire, il est bien clair qu'on n'aurait pas pris tant de soin de la restreindre à cet unique objet; car on n'a jamais mis en doute que le propriétaire, même en établissant une servitude sur son fonds, pouvait consentir telle obligation que bon lui semblait, dès qu'il ne s'agissait que d'une obligation personnelle, sans aucun caractère de réalité prédiale (comp. *supra*, n° 674; notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, n° 283); Delvincourt, t. I, p. 166, note 5, Duranton, t. V, n° 613; Pardessus, t. I, n° 69; Marcadé, sur l'article 699; Demante, t. II, n° 555 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 359).

881. — Pardessus enseigne qu'une stipulation, par laquelle cette faculté d'abandon serait interdite, ne lui semblerait point être une stipulation illicite; qu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public; et qu'elle reste, par conséquent, dans le domaine des conventions (t. I, n° 69).

Mais nous venons de dire que l'obligation qui est mise à la charge du propriétaire du fonds assujetti, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, était contraire aux principes essentiels de notre droit, d'après lesquels la servitude ne peut pas être imposée à la personne (art. 686); cette exception aurait donc été nulle, comme contraire à l'ordre public, si un texte spécial ne l'avait autorisée (art. 698); or, il ne l'autorise que sous la condition de la faculté d'abandon (art. 699); donc, la clause redevient illicite, dès que cette condition en est retranchée; et c'est bien là ce que notre article 699 suppose, lorsqu'il déclare que le propriétaire du fonds assujetti peut *toujours* s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti (*supra*, n° 880; Duranton, t. V, n° 615; Demante, t. II, n° 555 *bis*, I).

882. — C'est une question fort controversée que celle de savoir ce que le propriétaire du fonds assujetti doit abandonner pour s'affranchir de la charge de l'entretien et des réparations.

Est-ce son fonds tout entier ?

Est-ce seulement la partie de son fonds, sur laquelle la servitude s'exerce?

On a soutenu, avec beaucoup de vivacité, cette dernière proposition; on s'est récrié surtout contre l'injustice de la doctrine, d'après laquelle il faudrait que le propriétaire du fonds servant, pour se dispenser de réparer, par exemple, le chemin ou le canal qui sert d'exercice au droit de passage ou de conduite d'eau sur son domaine, abandonnât ce domaine tout entier, d'une valeur presque toujours infiniment plus considérable que toute la servitude et sans aucun rapport avec la charge dont il voudrait s'affranchir; que ce serait là rendre illusoire, dans la plupart des cas, cette faculté d'abandon, qui pourtant est essentielle et ne peut pas être anéantie directement ni indirectement (comp. Duranton, t. V, n° 615 ; Toullier, t. II, n° 680; Marcadé, sur l'article 699; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 205).

Il importe de bien s'entendre. Nous croyons, pour notre part, qu'il est impossible que le principe qui doit résoudre notre question, soit contesté ; on ne peut différer, et la vérité est que l'on ne diffère que sur la manière de l'appliquer.

Le principe ! il est écrit formellement dans l'article 699, d'après lequel il faut abandonner le fonds assujetti.

Le fonds assujetti, cela est clair; donc, rien que ce fonds sans doute, mais aussi ce fonds tout entier !

Voilà le texte.

Maintenant, qu'est-ce que *le fonds assujetti?*

Il y a des cas où il est évident pour tous :

1° Que ces expressions comprennent la totalité du fonds, comme par exemple, s'il s'agit d'un droit de pâturage auquel un pré serait assujetti, avec la charge imposée au propriétaire de ce pré, de le marner ou d'y pratiquer des irrigations, etc.

2° Que ces expressions, au contraire, ne comprennent que la portion du fonds qui a été seule grevée de servitude, comme, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, qui, d'après le titre même, a été établi déterminément et limitativement sur la portion du fonds qu'il doit parcourir, *ad certam partem fundi* (L. 6, ff., *de Servit.*); de telle sorte que les autres portions n'en puissent jamais être tenues, même éventuellement, et pour le cas où le passage deviendrait impraticable à l'endroit désigné pour son exercice.

Tout le monde, disons-nous, convient que, dans le premier cas, c'est le pré tout entier qu'il faudrait abandonner; et que, dans le second cas, il suffirait d'abandonner la portion du chemin par laquelle le passage s'exerce.

Les dissidences ne s'élèvent que pour les cas où il peut paraître incertain si c'est la totalité du fonds sur lequel la servitude s'exerce, ou seulement une portion de ce fonds, qui a été grevée, et qui forme, en conséquence, *le fonds assujetti.*

Ainsi, par exemple, voilà un droit de passage qui a été établi sur un héritage sans restriction, sans aucune détermination de l'endroit par lequel le passage devra être exercé.

La détermination a lieu ensuite. En résulte-t-il que la portion du fonds assignée à l'exercice de la servitude soit désormais la seule assujettie, et que si le propriétaire du fonds grevé était chargé de réparer et d'entretenir le chemin, il puisse s'affranchir de la charge en abandonnant cette seule portion ?

Oui, a-t-on répondu, *parce qu'une fois que le lieu du passage a été fixé.... les autres parties du fonds sont libres* (Duranton, Toullier, Marcadé, *loc. supra*; Demante, t. II, n° 555 *bis*, II).

Il est vrai que la loi 13, § 1 au Digeste, *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, semble favoriser cette réponse;

mais nous croyons, au contraire, avoir établi déjà (*supra*, n° 84) qu'il n'en pouvait pas être ainsi; que le fonds tout entier était assujetti; et que s'il n'était pas juste que le propriétaire du fonds dominant exerçât le passage à sa fantaisie, tantôt à droite, tantôt à gauche, et si, pour cela, le propriétaire du fonds servant pouvait faire déterminer le lieu de son parcours, cette assignation n'avait trait qu'à l'exécution et au mode d'exercice de la servitude; et que les autres portions du fonds étaient si peu libérées, qu'elles seraient tenues de fournir le passage, dans le cas où la portion désignée deviendrait impraticable. Duranton en convient; il reconnaît que *les autres portions pourraient en être tenues solidairement pour le cas où la portion, sur laquelle le passage est exercé, deviendrait impropre à l'usage du droit.* Mais c'est donc que ces autres portions n'ont pas cessé d'être assujetties; et si elles sont assujetties, comment se peut-il que le propriétaire du fonds grevé s'affranchisse de la charge des réparations, sans les abandonner! bien plus, qu'il libère ainsi, par son propre fait, ces autres portions de la servitude!

En vain, on insiste en disant que c'est rendre sa faculté d'abandon illusoire que de l'obliger à délaisser son fonds tout entier.

C'est à lui de voir ce que son intérêt lui conseille; car il ne s'agit nullement de le contraindre à faire cet abandon, qui est tout facultatif de sa part; et puisque l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude lui a été imposée, il faut bien, après tout, qu'il la subisse.

Car, lorsque l'on dénonce l'injustice prétendue de cette doctrine, nous pouvons répondre que l'injustice pourrait se trouver aussi plus d'une fois du côté de la doctrine contraire, surtout s'il s'agissait, par exemple, de l'obligation imposée au propriétaire du fonds servant de réparer, à ses frais, le mur de soutènement d'une terrasse dépen-

dant du fonds voisin ; il est clair que, dans ce cas, l'abandon de la portion de son héritage, sur laquelle le mur est établi, serait presque dérisoire, et que s'il avait reçu un prix pour l'établissement de la servitude avec cette charge, il serait souverainement injuste qu'il pût s'en affranchir ainsi. Le caractère de cette espèce de servitude et l'intention très-vraisemblable des parties nous porteraient à penser, dans ce cas, que c'est l'héritage tout entier qui forme le fonds assujetti (comp. Caen, 17 mars 1846, Bazire, *Rec. de Caen*, t. X, p. 479 ; Delvincourt, t. I, p. 166, note 6 ; Pardessus, t. II, n° 316).

883. — Nous croirions aussi que c'est seulement pour l'avenir, que le propriétaire du fonds servant peut s'affranchir, par l'abandon, de cette charge d'entretien et de réparation.

Mais il ne nous paraîtrait pas fondé à se libérer ainsi de celles des réparations dont la cause serait antérieure à l'abandon ; car si l'article 699 porte qu'il peut *toujours* s'en affranchir, ces mots, suivant nous, doivent s'entendre seulement des réparations à venir, mais non pas de celles qui ont été à faire, dans le passé, pendant qu'il avait la propriété et la jouissance du fonds servant.

Pardessus paraît toutefois exprimer un sentiment contraire (t. II, n° 316).

Mais il nous semble que l'on peut répondre que l'obligation d'entretenir et de réparer était une conséquence inséparable de la propriété, que le maître du fonds servant a eue et qu'il ne peut pas ne pas avoir eue *in præteritum* (comp. *supra*, n° 435, et notre tome X, n°s 577, 578 ; Caen, 29 déc. 1836, Palette, *Rec. de Caen*, t. I, p. 111 ; Loiseau, *du Déguerpissement*, t. II, p. 183, 184).

884. — Il est évident, d'ailleurs, que cet abandon n'a pas besoin d'être accepté par le propriétaire du fonds dominant, et qu'il peut être fait malgré lui ; car c'est un acte d'abdication absolu et purement unilatéral (art. 699).

La loi n'exige même, à cet égard, aucune forme parti-

culière; il convient seulement que l'acte d'abandon soit notifié au propriétaire du fonds dominant (comp. notre tome X, nos 732, 733 et 733 *bis*).

885. — Cet abandon est, bien entendu, translatif de propriété, puisque *le fonds assujetti* passe des mains de celui auquel il appartenait, dans les mains de celui auquel la servitude était due.

D'où il résulte :

1° Que l'acte d'abandon serait soumis à la nécessité de la transcription (Loi du 23 mars 1855, art. 1er et 2);

2° Que le fonds assujetti n'est transmis au propriétaire du fonds dominant que sous la charge des hypothèques et autres droits réels, tels que des autres servitudes qui auraient été valablement établies avant cette transcription;

3° Que, par suite, les créanciers hypothécaires n'en ont pas moins le droit de faire vendre l'immeuble qui fait leur gage, comme si l'abandon n'avait pas eu lieu (arg. de l'article 2166); de même que les autres propriétaires, dont les fonds auraient des servitudes actives sur cet immeuble, peuvent continuer de les exercer;

4° Enfin, que, dans le cas où par l'effet des hypothèques existant sur le fonds assujetti, ou par toute autre cause, le propriétaire du fonds dominant, auquel le fonds assujetti est abandonné, serait exposé à une éviction, il pourrait, suivant les cas, soit refuser cet abandon, soit demander une caution, jusqu'à ce que cette menace d'éviction eût cessé (arg. de l'article 1653; comp. Delvincourt, t. I, p. 166, note 6; Pardessus, t. II, n° 316).

886. — L'abandon a évidemment aussi pour effet d'éteindre la servitude par confusion (art. 637, 705).

Et le propriétaire du fonds auquel elle était due, devenu désormais aussi propriétaire du fonds qui la devait, peut faire de ce fonds tout ce que bon lui semble, y élever des plantations ou des constructions, etc. (art. 544; comp. Duranton, t. V, n° 615).

887. — Mais sortons maintenant de cette hypothèse d'abandon, et revenons à ce qui fait l'objet de notre examen en ce moment, à savoir : quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds assujetti et demeurant tel.

Qu'il puisse se servir de son fonds, et même de la partie de son fonds qui est le plus spécialement affectée à l'exercice de la servitude, cela est évident, puisqu'il en conserve la propriété : *loci corpus non est domini ipsius cui servitus debetur, sed ejus eundi habet* (L 3, princ., ff., *si Servit. vind.*).

Il peut donc, par exemple, passer lui-même par le chemin qui servirait d'exercice à une servitude de passage; puiser de l'eau à sa fontaine qui serait grevée d'une servitude de puisage; faire paître ses bestiaux dans son pré, qui serait grevé d'un droit de pacage, etc.

888. — Seulement, les frais d'entretien et de réparations des ouvrages quelconques, nécessaires à l'exercice de la servitude, ne seraient pas alors, bien entendu, à la charge exclusive du propriétaire du fonds dominant; ils devraient, au contraire, être supportés par l'un et par l'autre, en proportion du service que chacun d'eux retirerait de la chose, par moitié, ou autrement, s'il y a lieu (comp. arrêt du 14 juillet 1567, rapporté par Bouvot, t. II, p. 1001; Davot et Bannelier, t. II, p. 158).

C'est ainsi que chacun doit contribuer aux réparations du puits, s'il s'agit d'un droit de puisage; et qu'ils seraient aussi tenus de faire, en commun, les réparations, non-seulement du terrain, mais encore des murs et de la couverture d'une allée par laquelle un passage serait exercé (comp. Cass., 2 févr. 1825, de Foresta, D., 1825, I, 114; Pardessus, t. I, n° 66; Solon, n° 576; Daviel, *des Cours d'eau*, t. II, n° 908).

Et pareillement, si le propriétaire du fonds dominant n'avait le droit d'user d'un pressoir, sur le fonds assujetti, que pendant le tiers de la saison du pressurage, il ne devrait, en général, aussi contribuer que pour le tiers aux

frais des réparations du pressoir (comp. Caen, 23 janv. 1849, Humbert, Dev., 1849, II, 718).

889. — Nous croyons d'ailleurs que rien ne s'oppose à ce que l'exercice du droit, qui constitue la servitude, soit exclusivement attribué au propriétaire du fonds dominant, de telle sorte que le propriétaire du fonds servant ne puisse pas lui-même se servir de son fonds sous ce rapport; car, aux termes de l'article 686, l'usage et l'étendue des servitudes se règlent par le titre qui les constitue.

Il pourrait être convenu, par exemple, que le propriétaire du fonds, sur lequel il existe un chemin servant d'exercice à une servitude de passage, n'aura pas le droit lui-même de passer sur ce chemin (comp. Cass., 25 juin 1834, Saint-Albin, D., 1834, I, 329);

Ou qu'il ne pourra pas prendre de l'eau à une source qui serait grevée d'une servitude d'aqueduc, *aquæductus*, ou de puisage, *haustus* (L. 1, ff., *De fonte*).

890.—Indépendamment même de toute clause formelle insérée à cet effet dans l'acte constitutif, il se pourrait que l'on décidât, d'après les circonstances et par interprétation de la volonté des parties contractantes ou du constituant, que le propriétaire du fonds servant ne peut pas se servir lui-même de son fonds ou de la partie de son fonds qui fait l'objet de la servitude, de manière que la jouissance du propriétaire du fonds dominant en soit amoindrie.

C'est ainsi que la Cour de Caen a décidé qu'une servitude de prise d'eau, à l'effet d'alimenter une citerne, ayant été établie sur une source, et l'expérience ayant prouvé que parfois la source ne pouvait pas suffire aux besoins du fonds dominant et à ceux du fonds servant, la préférence sur les eaux à cette source devait être accordée au propriétaire du fonds dominant (1re chambre, 7 févr. 1840; *voy.* aussi notre tome X, n° 784).

Cette solution devrait surtout être adoptée dans le cas

où le propriétaire du fonds servant aurait concédé la prise d'eau avec détermination du calibre ou de la quantité, soit par le titre, soit autrement; d'où il résulterait qu'il ne se serait réservé, pour ses propres besoins, que ce qui excéderait cette quantité (comp. Pardessus, t. I, n° 235).

On a même décidé que le propriétaire, qui a concédé une servitude de pacage sur son fonds, peut n'avoir pas le droit d'envoyer pacager sur ce fonds, des bestiaux dépendant d'un domaine qu'il a acquis depuis la constitution de la servitude (Cass., 30 déc. 1839, Brucy, Dev., 1840, I, 513; ajout. Molitor, *de la Possession*, p. 311). Et telle a pu être effectivement l'intention des parties, quoique pourtant nous pensions qu'il ne faut pas facilement présumer ces sortes de restrictions, par lesquelles le droit de propriété du maître du fonds servant se trouverait paralysé dans son exercice, surtout lorsqu'il s'agit du pacage ou autres droits semblables, qui n'ont rien de fixe ni d'invariable dans leur étendue.

Du reste, ce sont là des questions d'interprétation ; et c'est aux magistrats qu'il appartient de régler, *ex æquo et bono*, l'exercice de ces droits de puisage, pacage ou autres, entre le propriétaire du fonds dominant et le propriétaire du fonds servant (L. 6, Cod., *de Servit. et aqua*).

891. — Il importe toutefois de se souvenir que le maître du fonds servant ne peut exercer son droit de propriété que sous les restrictions que comporte l'espèce de servitude dont son fonds est grevé.

L'article 701 pose, à cet égard, le principe en ces termes :

« Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude « ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou « à le rendre plus incommode.

« Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni trans- « porter l'exercice de la servitude dans un endroit d f- « férent de celui où elle a été primitivement assignée.

« Mais cependant si cette assignation primitive était « devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assu- « jetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations « avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'au- « tre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice « de ses droits ; et celui-ci ne pourrait pas le refuser. »

Ainsi, la règle est que le propriétaire du fonds assujetti ne peut faire, dans l'état des lieux, aucun changement, d'où il résulterait que l'exercice de la servitude serait amoindri ou deviendrait plus incommode (comp. art. 599, 1er alinéa).

Le point de savoir si tel ou tel changement apporté par le propriétaire du fonds servant à l'état des lieux, peut avoir ce résultat, ne soulève, le plus généralement, qu'une question de fait.

Remarquons pourtant que la règle posée par l'article 701 s'applique à toutes les servitudes, quelles que soient leur origine et la cause de leur établissement (comp. *supra*, n° 636 ; Metz, 19 janv. 1858, Croisez, Dev., 1858, II, 460).

Sans doute, on devra se montrer moins facile à restreindre les droits du propriétaire du fonds servant, dans le cas d'une servitude établie seulement par prescription ; mais il ne faudrait pas moins en venir, ainsi qu'on l'a fait (relativement au droit de vue acquis par prescription), jusqu'à donner au propriétaire du fonds servant le moyen de rendre la servitude illusoire (comp. Pardessus, t. I, n° 285 ; et *supra*, n° 580).

892. — En aucun cas, effectivement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait, par un changement quelconque, rendre l'exercice de la servitude impossible et affranchir ainsi son fonds, par son propre fait.

On a demandé, par exemple, si celui qui aurait concédé une servitude de pacage sur son fonds alors en friche, pourrait le défricher de manière que le droit de pacage ne puisse plus désormais y être exercé.

Pas de difficulté, si la concession n'a été faite que pour le temps pendant lequel le terrain demeurerait en friche, et sous la condition que le propriétaire de ce fonds conserverait le droit de le mettre en état de culture et de le libérer ainsi.

Mais, dans le cas contraire, il faudrait répondre négativement; et le maître de l'héritage assujetti n'aurait alors que la ressource du cantonnement ou du rachat, suivant les cas, d'après les lois spéciales qui ont été rendues à ce sujet (comp. L. du 27 sept. 1790, art. 8; L. du 6 oct. 1791, tit. I, sect. IV, art. 8; C. forest., art. 64, 118, 120).

La circonstance que le fonds était en friche au moment de la concession de la servitude de pacage, suffirait-elle pour que l'on présumât que cette servitude n'a été concédée que pour le temps pendant lequel il ne serait pas défriché?

L'affirmative semblerait souvent favorable dans l'intérêt du propriétaire du fonds assujetti et aussi dans l'intérêt général de l'État (comp. Bouhier, sur la cout. de Bourgogne, chap. LXII, n° 72; Dunod, *des Prescript.*, part. I, chap. XII, p. 83).

Mais il nous paraîtrait toutefois impossible d'induire de ce seul fait, que la servitude n'a été établie que sous la réserve, pour le propriétaire du fonds grevé, de s'en libérer par le défrichement (comp. Cœpolla, tract. II, cap. IX, n° 41; Pardessus, t. I, n° 235).

893. — Remarquons d'ailleurs que le propriétaire du fonds assujetti peut faire, chez lui, en vertu de son droit de propriété, à l'effet de diminuer l'incommodité que lui cause la servitude, ou d'en tirer lui-même quelque avantage, qu'il peût faire, disons-nous, des ouvrages que le propriétaire du fonds dominant ne pourrait pas toujours faire lui-même, à l'effet d'user de la servitude.

Il n'est pas toujours permis, par exemple, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 833), à celui auquel est due une

servitude de passage, de paver le chemin par lequel elle s'exerce; tandis qu'il faudrait des circonstances particulières pour que cette faculté n'appartînt pas au propriétaire du fonds grevé.

Pareillement, ce propriétaire pourrait, en général, aussi recouvrir le canal qui servirait à conduire, à travers son fonds, les eaux qu'il serait obligé de recevoir du fonds dominant; tandis que le propriétaire du fonds dominant, au contraire, à moins de circonstances spéciales, n'aurait pas le droit de couvrir le canal, malgré le propriétaire du fonds servant, si celui-ci trouvait quelque avantage ou même quelque agrément dans l'écoulement des eaux à ciel ouvert sur son héritage.

894. — Lorsque le propriétaire du fonds servant a fait un ouvrage quelconque, qui a rendu l'exercice de la servitude plus incommode ou moins complet, il est tenu évidemment de remettre les lieux dans leur premier état, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il pourrait, en outre, être condamné, suivant les circonstances.

Et il ne nous paraît pas douteux qu'il ne pourrait pas alors, en abandonnant le fonds assujetti, d'après l'article 699, s'affranchir de l'obligation personnelle qu'il a contractée par son délit ou son quasi-délit, envers le propriétaire du fonds dominant (comp. art. 701, 1382, 1383).

895. — Ce qui est plus difficile, c'est de savoir si cette obligation est uniquement personnelle;

Ou, si, au contraire, elle est également réelle, *personalis in rem scripta;* de telle sorte que le successeur, même à titre singulier, du propriétaire du fonds servant, qui aurait fait l'ouvrage nuisible à l'exercice de la servitude, l'acheteur, par exemple, ou le copermutant, en serait lui-même tenu réellement, sauf la faculté d'abandon, aux termes de l'article 699.

Il résulte de plusieurs fragments du Digeste que le nouveau propriétaire du fonds servant n'était pas tenu,

chez les Romains, des dégradations commises par l'ancien propriétaire, et que sa seule obligation, à cet égard, était de souffrir que le propriétaire du fonds dominant fît, à ses frais, les travaux nécessaires pour le rétablissement du plein exercice de la servitude, sauf son recours, par action personnelle, contre l'ancien propriétaire (comp. L. 4, § 2 et 3; L. 6, § 5 et 7; L. 12 et 13, ff., *De aqua et aquæ pluv.;* L. 15, ff., *Quod vi aut clam.;* Voët, *ad Pand. h. t.*, n° 2).

Et on pourrait, sous notre droit, prétendre encore qu'il n'y a aucun principe d'action contre le nouveau propriétaire, qui ne peut pas être tenu : ni réellement, puisqu'on ne suppose pas que le propriétaire du fonds servant soit obligé, dans l'espèce, à faire lui-même les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude; ni personnellement, puisqu'il n'a, par son fait, contracté aucune obligation et qu'il n'a pas succédé à celle que son auteur, à titre singulier, avait contractée (comp. Caen, 4e ch., 8 déc, 1812, Cécire; 1re ch., 28 fév. 1815, Bedel; 1re ch., 17 juillet 1821, Delaunay).

La solution contraire serait pourtant, suivant nous, plus conforme aux textes et aux principes de notre droit :

1° Les articles 698 et 699 prouvent que lorsque le propriétaire du fonds servant est obligé à quelque chose relativement à l'exercice de la servitude, cette obligation est réelle et se transmet passivement avec le fonds à tous les tiers détenteurs; c'est ainsi que l'obligation qui lui aurait été imposée de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, est transmissible à ses successeurs à titre singulier (*supra*, n° 880);

Or, le propriétaire du fonds servant est toujours obligé, en vertu de l'article 701, de ne rien faire qui tende à diminuer l'exercice de la servitude; cette obligation *de ne pas faire* est, tout aussi bien que l'obligation *de faire*, dans le cas des articles 698 et 699, inhérente à la servitude;

Donc, elle est réelle et transmissible avec le fonds servant.

2° Et, en effet, c'est en cela même que consiste, pour le fonds servant, la servitude! c'est dans l'obligation passive, qui est imposée au propriétaire du fonds servant, de tolérer et de souffrir, et de ne faire aucun acte contraire à l'exercice de la servitude;

Or, la servitude est réelle, bien entendu, et suit partout le fonds servant;

Donc, cette obligation, qui la constitue, est aussi essentiellement réelle.

On objecte, en vain, que le nouveau propriétaire n'a succédé qu'à titre singulier à l'ancien propriétaire, qui seul s'était rendu personnellement débiteur par son fait.

La réponse est que c'est le fonds servant qui est lui-même le débiteur, et qu'il doit, en conséquence, répondre des faits du propriétaire qui a été son administrateur et son représentant.

3° Il est vrai que les jurisconsultes romains n'admettaient pas cette doctrine; mais précisément nous avons vu qu'ils n'admettaient pas non plus que le propriétaire du fonds servant pût être tenu, par une clause de l'acte constitutif, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude; ils ne reconnaissaient pas la validité de cette obligation réelle, comme accessoire de la servitude (*supra*, n°s 872, 873); or, notre Code autorise, au contraire, cette obligation; donc, la solution que nous proposons est aujourd'hui la conséquence du nouveau principe que notre Code a consacré.

Nous concluons donc que, indépendamment de son action personnelle contre l'ancien propriétaire du fonds servant, le propriétaire du fonds dominant aura une action réelle contre le nouveau propriétaire pour obtenir la destruction des ouvrages nuisibles et même des dommages-intérêts, sauf à celui-ci son recours en garantie contre son auteur (comp. *supra*, n° 10; notre *Traité des*

contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I, n° 283; Cass., 16 avril 1838, Baron, Dev., 1838, I, 756; Paris, 3 avril 1841, Cochet, Dev., 1841, II, 540; Cass., 21 mars 1843, mêmes parties, Dev., 1843, I, 350).

896. — Les motifs sur lesquels nous venons de fonder les solutions qui précèdent prouvent assez que ces solutions ne sont applicables qu'à l'hypothèse où l'ouvrage nuisible à l'exercice de la servitude a été fait par le propriétaire antérieur du fonds servant ou par ceux des faits desquels il doit répondre.

Il en serait autrement, et ni l'ancien propriétaire du fonds servant, ni moins encore le nouveau, ne seraient tenus soit personnellement, soit réellement, si l'obstacle apporté à l'exercice de la servitude provenait du fait d'un tiers, ou d'un cas fortuit :

Du fait d'un tiers, d'un malfaiteur, par exemple, qui ne pourrait, à aucun titre, être considéré comme le représentant et le mandataire du fonds servant; auquel cas, il suffirait au propriétaire du fonds servant de laisser le propriétaire du fonds dominant rétablir, à ses frais, les lieux dans leur premier état;

D'un cas fortuit, auquel cas, le propriétaire du fonds servant serait d'autant moins tenu de rétablir les lieux, qu'il résulte, au contraire, des articles 703 et 704, que la servitude peut cesser, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

897. — Et ce que nous avons décidé à l'égard du propriétaire du fonds servant, qui aurait fait quelque ouvrage nuisible à l'exercice de la servitude, nous croyons qu'il faudrait le décider également à l'égard du propriétaire du fonds dominant, qui aurait excédé la mesure de ses droits et qui aurait nui, par quelque ouvrage, au fonds servant; l'action en destruction de l'ouvrage nuisible et en dommages-intérêts, qui appartiendrait au propriétaire du fonds servant, serait alors également réelle et passerait à tous les successeurs, même à titre singulier, de ce fonds;

car la servitude est réelle activement et passivement, pour l'un comme pour l'autre héritage.

898. — Nous avons vu (*supra*, n° 891) que l'article 701 apporte une exception à la règle, d'après laquelle le mode et les conditions d'exercice de la servitude, lorsqu'ils ont été une fois déterminés par le titre ou par la possession, ne peuvent plus être changés par l'un des propriétaires sans le consentement de l'autre.

L'article 701 autorise le propriétaire du fonds servant à demander le déplacement de l'assiette de la servitude; et sa disposition ne fait que maintenir, à cet égard, un principe que notre ancien droit avait déjà consacré (comp. Julien, *Élém. de jurisprud.*, liv. II, tit. II, n° 17).

Mais cette faculté ne lui est accordée que sous la double condition : d'une part, que l'assignation primitive lui soit devenue plus onéreuse, ou qu'elle l'empêche de faire des réparations, des améliorations, des changements quelconques avantageux pour lui; et, d'autre part, qu'il offre au propriétaire du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits.

Il n'y aurait donc pas lieu d'accueillir la demande de déplacement du lieu d'exercice de la servitude que ferait le propriétaire du fonds servant, si elle n'était pas justifiée, de son côté, par un intérêt quelconque, et si elle ne paraissait être qu'une sorte de fantaisie et de caprice; ou bien, lors même qu'il y aurait le plus évident intérêt, si ce déplacement devait avoir pour résultat de rendre l'exercice de la servitude moins commode pour le propriétaire du fonds dominant. C'est ainsi, par exemple, que l'on ne devrait pas, en général, lui permettre de supprimer une porte au moyen de laquelle un droit de passage s'exercerait par une allée couverte, pour ouvrir ailleurs une autre porte qui ne donnerait passage que par une cour ou un jardin; ou de substituer à une fontaine située dans un clos, où s'exercerait un droit de puisage, une autre fontaine située le long d'un chemin public et

où l'eau, étant ainsi à la disposition de tout venant, n'offrirait pas les mêmes garanties de pureté et de salubrité (Caen, 26 mai 1845, Jean, *Rec. de Caen*, t. X, p. 685).

On comprend d'ailleurs que ce sont toujours là, dans la pratique, des questions de fait et d'appréciation.

Il est bien entendu aussi que la disposition de notre article 701 n'est pas applicable aux droits qui s'exercent à titre de propriété ou de copropriété, dont on ne saurait, en aucun cas, demander le changement d'assiette et le déplacement (*supra*, n° 672; Caen, 2e ch., 22 juin 1814, Verel; 1re ch., 27 janvier 1820, Fallin; et 8 mars 1837, Picqueray; Cass., 15 févr. 1858, Letartre, Dev., 1858, I, 347).

899. — On semblerait avoir décidé, en principe, que c'est uniquement d'après l'état du fonds dominant, à l'époque où la servitude a été établie, que l'on doit décider si le déplacement de l'endroit d'abord assigné pour son exercice, est ou non préjudiciable au propriétaire de ce fonds, sans avoir égard d'ailleurs aux changements ou aux innovations qu'il aurait faits ou qu'il se proposerait de faire (comp. Pau, 9 févr. 1835, Marc, Dev., 1835, II, 460).

Qu'il n'y ait pas lieu de tenir compte des innovations futures et éventuelles, que le propriétaire du fonds dominant aurait eu, plus ou moins sérieusement, l'intention de faire, nous le croyons aussi; et encore ceci n'a-t-il rien d'absolu.

Mais quant aux travaux qu'il a déjà faits légitimement, dans la mesure de son droit, pour rendre plus facile et plus complet l'exercice de la servitude (art. 696, 697), il nous paraît évident qu'on doit y avoir égard, lorsqu'il s'agit de décider si le déplacement de la servitude lui sera ou non préjudiciable; car ces travaux, il a eu le droit de les faire ; et par le même motif que le propriétaire du fonds servant ne pourrait pas directement en

demander la suppression, il ne peut pas davantage arriver indirectement à les rendre inutiles (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 207, note 3).

900. — On peut mettre aussi en question si la translation du lieu d'exercice de la servitude ne peut s'opérer que d'une portion du fonds servant sur une autre portion de ce même fonds;

Ou si, au contraire, elle pourrait être portée sur un autre fonds appartenant soit au même propriétaire que celui qui possède le fonds servant, soit même à un tiers, dont il aurait obtenu le consentement.

Il est assez vraisemblable que notre article 701 n'a eu en vue que l'hypothèse où le déplacement doit s'opérer de l'une des portions du fonds servant sur une autre portion de ce même fonds; car cette hypothèse est, en effet, la plus ordinaire : *de eo quod plerumque fit.*

Mais en faut-il conclure que sa disposition soit limitative, et si, d'ailleurs, le changement proposé, avantageux pour le propriétaire du fonds servant, ne causait aucune espèce de dommage au propriétaire du fonds dominant, devrait-on néanmoins s'arrêter devant la résistance, sans motif et sans intérêt, de celui-ci?

Nous aurions peine à le croire (comp. Pardessus, t. I, n° 70).

900 *bis*. — Le changement d'assignation du lieu d'exercice de la servitude pourrait-il résulter de la prescription?

Nous avons déjà résolu cette question (*supra*, n°s 793, 794); et nous aurons occasion d'y revenir encore (*infra*, n° 1031).

Notons seulement ici qu'il est bien clair, dans ce cas, que ce changement ne pourrait s'opérer que sur des fonds appartenant au propriétaire du fonds servant (Caen, 1re ch., 2 mars 1843).

901. — La Cour de Montpellier a jugé :

« .... Qu'encore que l'article 701 ne dispose explici-

tement que pour le changement de l'assiette de la servitude, il faut, en se pénétrant de l'esprit de la loi, reconnaître qu'il autorise aussi la modification de l'exercice même de la servitude, si la modification demandée ne peut nuire, directement ni indirectement, dans le présent ni dans l'avenir, au fonds dominant, ni diminuer l'utilité que ce fonds retire de la servitude, ou rendre l'exercice de la servitude moins commode.... » (23 juill. 1846, Tourtoulon, Dev., 1847, II, 405).

Quoique cette proposition puisse paraître plus grave, nous croyons néanmoins aussi qu'elle est exacte (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 85).

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une servitude d'égout; et le propriétaire du fonds assujetti ayant donné à son toit une disposition nouvelle, le propriétaire du fonds dominant voulait le contraindre à rétablir les lieux dans leur premier état.

Or il était démontré que ce changement dans le mode d'exercice de la servitude, ne pouvait *ni directement ni indirectement, ni dans le présent ni dans l'avenir*, diminuer, en aucune manière, pour lui, l'utilité de la servitude.

Etait-il donc possible, en cas pareil, d'accueillir son action ?

902. — Au reste, tout ceci prouve que le propriétaire du fonds servant ne saurait avoir le droit d'opérer, de sa propre autorité, le déplacement du lieu d'exercice de la servitude, et que si les deux propriétaires ne s'entendent pas, à cet égard, de gré à gré, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si l'article 701 est ou n'est pas applicable (*supra*, n° 843).

M. Curasson professe le sentiment contraire; et il décide que le changement par le propriétaire du fonds servant de l'assiette de la servitude, ne peut pas donner lieu à la complainte en faveur de celui à qui elle est due. (*De la Compét. des juges de paix*, t. II, n° 82, p. 352.)

Nous pensons, pour notre part, que le propriétaire du

fonds dominant pourrait, dans ce cas, intenter l'action possessoire afin d'être rétabli dans la possession annale de la servitude, d'après l'état antérieur des lieux.

Le second alinéa de l'article 701 porte formellement que le propriétaire du fonds assujetti « ne peut changer l'état « des lieux ni transporter la servitude dans un endroit « différent de celui où elle a été primitivement assignée.»

A la vérité, l'article ajoute que si cette assignation était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, etc., *il pourrait offrir* au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode, etc., et que *celui-ci ne pourrait pas le refuser.*

Mais, en cas de désaccord, c'est évidemment à la justice qu'il appartient de décider si l'un est fondé *à offrir*, et l'autre *à refuser* (comp. Cass., 6 avril 1831, Robert, Dev., 1831, I, 413; Pardessus, t. I, n° 170).

903. — Et même, en pratique, d'après la jurisprudence de certains tribunaux, et aussi dans l'opinion de plusieurs jurisconsultes, c'est le propriétaire du fonds servant qui doit, dans ce cas, payer les frais, lors même qu'il réussit, parce que ces frais ont eu lieu, dit-on, dans son intérêt, et afin d'obtenir, par une sorte de faveur, un changement dans l'exercice du droit du propriétaire du fonds dominant.

Toutefois, nous n'admettrions pas, en ce qui nous concerne, que les frais dussent être supportés par le propriétaire du fonds servant, lorsqu'il aurait fait tout ce qui dépendait de lui pour obtenir extrajudiciairement le consentement à l'amiable du propriétaire du fonds dominant, surtout si celui-ci était sur les lieux et n'alléguait aucun motif sérieux pour justifier sa résistance; dans ce cas, c'est le propriétaire du fonds dominant qui devrait être, à notre avis, condamné aux frais (art. 130, procéd.).

A cet effet, il convient que le propriétaire du fonds servant notifie extrajudiciairement au propriétaire du fonds dominant, qu'il se trouvera sur les lieux, avec un

expert, tel jour, à telle heure, et qu'il l'invite à s'y rendre aussi, avec un expert de son choix, en offrant de payer les frais de cette vacation. Si, après cela, le changement proposé ne se fait pas à l'amiable, par la faute et la résistance injuste du propriétaire du fonds dominant, et qu'il faille agir en justice, il nous paraît juste qu'il supporte les frais (*voy.* aussi *supra*, n° 366).

Quant aux autres frais qu'il faudra faire pour opérer matériellement le déplacement de la servitude, il paraît juste qu'ils soient supportés par le propriétaire du fonds servant.

904. — Nous n'hésitons pas à dire que la faculté que l'article 701 accorde au propriétaire du fonds servant de demander le déplacement du lieu d'exercice de la servitude, est imprescriptible, et qu'il pourrait l'exercer après trente ans, après cinquante ans et plus, depuis l'établissement de la servitude; car c'est une faculté inhérente à la propriété même du fonds servant (art. 2232; comp. Pardessus, t. I, n° 71).

On peut ajouter que l'article 701 ne dit pas que ce changement ne pourra être demandé qu'une seule fois, et que dès lors, après un premier déplacement, un nouveau déplacement, différent du premier, pourrait être demandé, sauf aux magistrats à se montrer, en ce cas, plus difficiles pour l'admettre.

905. — Serait-il permis d'insérer dans l'acte constitutif de la servitude, convention ou testament, une clause portant que le propriétaire du fonds assujetti ne pourra pas invoquer le bénéfice de l'article 701, ni demander le déplacement du lieu d'exercice de la servitude?

Pour la validité d'une telle clause, on peut dire que les conventions légalement formées font la loi des parties (art. 1134), comme le testament fait la loi commune des héritiers et du légataire (comp. Cass., 19 mai 1824, Porquet, D., *Rec. alph.*, v° *Servit.*, p. 79).

Mais, dans les conventions de même que dans les tes-

taments, les clauses ne peuvent être valables qu'autant qu'elles ne sont pas contraires à une disposition de la loi qui aurait pour but l'intérêt public et le bien général de l'État (art. 6 = 900); or, si la faculté que l'article 701 accorde au propriétaire du fonds assujetti, est dans son intérêt privé, n'est-il pas vrai aussi qu'elle a pu être introduite dans un intérêt général, afin de faciliter et de favoriser les exploitations agricoles et industrielles?

Aussi est-il certain que l'article 701 est applicable à tous les cas sans distinction, aux servitudes dites naturelles et légales aussi bien qu'aux servitudes conventionnelles, et sans qu'il y ait lieu de rechercher non plus si l'assignation primitive, dont le changement est demandé, a eu lieu dans l'acte constitutif lui-même ou postérieurement (comp. Pau, 3 juin 1831, Adon, Dev., 1831, II, 234; Pau, 9 févr. 1835, Marc, Dev., 1835, II, 460).

Il faudrait, sans doute, en présence d'une renonciation ou d'une interdiction de ce genre, se montrer très-sévère et n'admettre la demande du propriétaire du fonds servant à fin de déplacement de la servitude, qu'autant que le propriétaire du fonds dominant n'aurait absolument aucune espèce de motif pour s'y opposer.

Mais, dans ce cas au moins, il paraîtrait difficile de ne pas l'admettre; et telle est sans doute aussi la pensée de MM. Massé et Vergé, lorsqu'ils disent que « la solution de cette question dépend, suivant eux, des circonstances. » (Sur Zachariæ, t. II, p. 207.)

906. — Le propriétaire du fonds dominant pourrait-il aussi, de son côté, demander le déplacement de l'assiette de la servitude?

Question délicate, sur laquelle nous nous sommes expliqué plus haut (n° 845).

907. — Le Code, qui, dans l'article 700, s'est occupé du cas où le fonds dominant *vient à être divisé*, n'a rien dit, au contraire, de la division du fonds servant.

Mais on peut suppléer à ce silence au moyen des prin-

cipes généraux, et par voie d'analogie de ce qui a été décidé relativement à la division du fonds dominant.

La règle donc qu'il faut d'abord poser, c'est que la circonstance que le fonds assujetti vient à être divisé, ne saurait changer ni diminuer les droits du fonds dominant (arg. de l'article 700).

Il convient, toutefois, pour l'application de cette règle, de faire une distinction :

Ou la servitude est telle qu'elle s'exerce sur toute l'étendue du fonds servant, comme un droit de pacage;

Ou, au contraire, elle ne s'exerce que sur une partie seulement du fonds servant.

Dans le premier cas, toutes les portions divisées resteront assujetties pour le tout (arg. de l'article 700).

Mais alors si la servitude n'avait été exercée pendant trente ans que sur une ou plusieurs des portions seulement, la portion ou les portions sur lesquelles elle n'aurait pas été exercée, en seraient-elles affranchies, aux termes de l'article 706, par le non-usage, en admettant, bien entendu, que la prescription ait pu courir, aux termes des articles 709 et 710, contre le propriétaire du fonds dominant?

On peut objecter que s'il en était ainsi, la position du fonds dominant se trouverait aggravée. On pourrait dire surtout qu'il se peut que le maître du fonds dominant ignore la division qui s'est opérée dans le fonds servant, et que tout au moins faudrait-il, pour que l'exercice qu'il fait de la servitude sur l'une des portions de ce fonds, ne conserve pas son droit sur toutes les autres, que la division de l'héritage servant lui eût été notifiée.

Mais pourtant nous avons vu que dans le cas où le fonds dominant est divisé en plusieurs lots, la servitude elle-même se multiplie en quelque sorte, et que l'on considère qu'il y a désormais activement autant de servitudes que de portions distinctes du fonds dominant

(*supra*, n° 863); or il nous semble qu'il n'existe pas de motif pour que le même principe ne soit pas appliqué à la division du fonds servant; et que dès lors on doit aussi considérer qu'il y a désormais passivement autant de servitudes que de portions distinctes du fonds servant. D'où la conséquence que si, pendant trente ans, la servitude n'a pas été exercée sur l'une de ces portions, elle est éteinte sur cette portion par le non-usage (comp. Duranton, t. V, n° 471).

Et nous ne croyons même pas qu'il soit nécessaire, pour cela, que la division du fonds servant soit notifiée au propriétaire du fonds dominant; car, aux termes de l'article 2262 et de l'article 706, la prescription trentenaire éteint toutes les actions tant réelles que personnelles, sans aucune distinction; c'est ainsi qu'aux termes de l'article 2180, la prescription de l'hypothèque est acquise au tiers détenteur, par trente ans, sans aucune transcription de son titre et sans aucune notification quelconque au créancier hypothécaire, et sans que celui-ci puisse alléguer qu'il a ignoré la mutation de propriété.

908. — Ajoutons que, dans ce premier cas, c'est à-dire lorsque la servitude s'exerce sur tout le fonds servant, on peut encore distinguer si cet exercice consiste dans un fait indivisible ou dans un fait divisible.

Si le fait qui constitue l'objet de la servitude est indivisible, comme une servitude de pacage, ou de prospect, il est clair qu'elle pèsera indivisiblement, pour le tout, sur toutes les portions divisées du fonds servant.

Mais si le fait est, au contraire, divisible, comme s'il consiste à prendre, dans le fonds, une certaine quantité d'eau, de sable ou de marne, il semble que la charge devra se répartir passivement entre les différents propriétaires du fonds servant divisé, comme nous avons vu plus haut (n° 864), que le profit était réparti activement, en pareil cas, entre les différents propriétaires des portions du fonds dominant; et rien ne s'oppose non plus à

ce que les propriétaires des différents lots du fonds servant fassent, à cet égard, entre eux, tels arrangements qu'ils jugent convenables, dès qu'il n'en résulte aucune diminution dans le droit du propriétaire du fonds dominant.

909. — Dans le second cas, que nous avons supposé (*supra*, n° 907), c'est-à-dire, lorsque la servitude ne s'exerce que sur une partie du fonds servant, de deux choses l'une :

Ou cette partie est seule affectée de la servitude, *si certus ac finitus viæ locus est* (L. 6, § 4, ff. *Quemadm. servit. amitt.*), de telle sorte que les autres parties du fonds ne pourraient pas être atteintes, lors même que l'exercice de la servitude serait devenu impossible sur la partie du fonds qui en était exclusivement affectée; et alors, il n'y a pas de difficulté; la servitude ne pèse, bien entendu, après la division du fonds, comme avant, que sur cette partie; et les lots qui comprennent les autres parties, n'en sont aucunement grevés;

Ou, au contraire, la servitude, bien que l'exercice n'en ait lieu que sur une partie du fonds, qui a été assignée à cet effet, pèse néanmoins sur la totalité du fonds, de telle sorte qu'elle pourrait être reportée sur les autres parties, si l'exercice en devenait impossible sur la partie qui a été d'abord affectée (*supra*, n° 882); et alors, toutes les autres portions continuent d'être assujetties.

Mais alors une difficulté peut naître, à savoir :

Si, au bout de trente ans, celles des portions qui n'étaient pas assignées à l'exercice de la servitude, du passage, par exemple, seraient libérées par le non-usage?

Pour la négative, on pourrait dire que la prescription ne court pas contre un droit qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive (art. 2257); or, le maître du fonds dominant ne pouvait réclamer le passage sur les autres portions, que dans le cas où le passage deviendrait impraticable sur la portion qui avait été

assignée à son exercice (comp. L. 6, § 1, ff. *Quemadm. servit. amitt.*).

Mais pourtant, nous venons de reconnaître que la division du fonds servant a eu pour effet de multiplier passivement les fonds servants, de même que la division du fonds dominant multiplie activement les fonds dominants. Il y a donc désormais autant de fonds servants distincts et indépendants les uns des autres, qu'il y a de lots différents; et par conséquent, l'usage de la servitude sur l'un d'eux seulement ne saurait la conserver sur les autres. Le maître du fonds dominant devrait donc, pour la conserver sur les autres, obtenir des propriétaires une reconnaissance ou les assigner en déclaration de servitude, de même que le créancier hypothécaire, pour conserver son droit à l'encontre d'un tiers détenteur, doit l'assigner en déclaration d'hypothèque (comp. Belime, n° 173; Dupret, *Revue de droit français et étranger*, t. III, p. 830).

910. — Les distinctions, qui précèdent, doivent servir à résoudre la question de savoir quel serait l'effet de la division du fonds servant, dans le cas où le titre constitutif de la servitude aurait mis à la charge du propriétaire de ce fonds les ouvrages nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude.

Si la servitude pèse indivisiblement sur tout le fonds, tous les propriétaires des différentes portions seront tenus, après la division, de la charge des réparations; et l'un d'eux ne pourrait pas s'en affranchir par l'abandon seulement de sa portion, si les autres n'abandonnaient pas aussi leurs portions; car nous avons vu que l'abandon *du fonds assujetti* doit être complet (*supra*, n° 882).

Si, au contraire, la servitude ne pèse que sur une portion du fonds qui seule est assujettie, le propriétaire de cette portion sera seul, après la division, tenu de la charge des réparations; et il pourra s'en affranchir par l'aban-

don de cette seule portion (comp. Delvincourt, t. I, p. 578, n° 6).

911. — Quant aux augmentations et agrandissements qui pourraient survenir dans le fonds servant, ils n'ont pas, en général, pour effet d'augmenter les droits du propriétaire du fonds dominant; et si, par exemple, j'ai un droit de pâturage sur le fonds de Paul, mon droit ne s'étendra pas aux pièces ou morceaux contigus, qu'il réunirait à ce fonds (arg. de l'article 1019). Sous ce rapport, il faut maintenir encore plus sévèrement, dans l'intérêt du fonds servant, que dans l'intérêt du fonds dominant, la règle que l'étendue de la servitude doit être appréciée, eu égard à l'état des fonds à l'époque où elle a été établie (*supra*, n° 850).

Il est clair toutefois que cette règle ne saurait être appliquée aux accroissements naturels résultat de l'alluvion, qui sont censés avoir toujours fait une partie intégrante du fonds assujetti (*voy.* notre tome X, n°s 84 et suiv.; comp. Pardessus, t. I, n° 65).

Et on ne saurait non plus en induire que le propriétaire du fonds dominant n'est jamais fondé à réunir à son fonds des terrains limitrophes, dès qu'il ne résulte d'ailleurs de cette réunion aucune aggravation de la servitude (comp. Cass., 5 janv. 1858, de Bourneville, Dev., 1858, I, 288).

N 3.

Application des principes généraux sur l'exercice des servitudes, à quelques-unes des servitudes les plus importantes et les plus usuelles.

SOMMAIRE.

912. — Observation générale.
913. — Il est un certain nombre de servitudes plus généralement connues et usitées que les autres, et qu'il n'est pas inutile de passer en revue.
914. — I. De la servitude de conduite d'eau, *aquæductus*.
915. — II. De la servitude d'égout ou de port d'eau. — *jus stillicidii* — *fluminis* — *cloacæ*.
916. — III. De la servitude de jour; ou de vue; ou de prospect. — *jus*

luminum; ne luminibus officiatur; prospectus. — A. De la servitude de jour.
917. — B. De la servitude de vue.
918. — C. De la servitude de prospect.
919. — Observation générale sur ce qui précède.
920. — IV. De la servitude de ne point bâtir sur un fonds, ou de ne point bâtir au delà d'une certaine hauteur, *non ædificandi aut non altius tollendi.*
921. — Suite.
922. — La servitude *non ædificandi* empêche-t-elle de faire des plantations sur le fonds servant? ou d'y faire des dépôts de bois, etc.?
922 *bis*. — Résulte-t-il de la servitude *non altius tollendi* imposée à un fonds, que le propriétaire de ce fonds ne peut pas acheter la mitoyenneté du mur de clôture élevé par le propriétaire du fonds dominant?
923. — La servitude *non ædificandi aut non altius tollendi*, ne doit pas se présumer. — Exemples. — Elle ne saurait résulter non plus de la prescription ni de la destination du père de famille.
924. — V. De la servitude qui consiste dans le droit d'appuyer sa maison ou son mur sur le mur ou la maison du voisin, *oneris ferendi*, *tigni immittendi.*
925. — VI. De la servitude qui consiste dans le droit de faire avancer un balcon ou tout autre ouvrage en saillie sur le fonds du voisin *projiciendi.*
926. — VII. De la servitude de passage, *iter*, *actus*, *via.*
927. — VIII. De la servitude de puisage, *aquæ haustus.*
928. — IX. De la servitude d'abreuvage, *pecoris ad aquam adpulsus.*
929. — Suite.
930. — Suite.
931. — X. De la servitude de pacage ou de pâturage, *pecoris pascendi.*
932. — Suite.
933. — Suite.
934. — Suite.
935. — XI. De la servitude de pressurage.
936. — XII. De la servitude qui consiste dans le droit de prendre de la marne, de la pierre, du sable, etc., dans le fonds d'autrui ; ou d'y faire cuire de la chaux pour l'engrais et l'amélioration de notre fonds, *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ.*

912. — L'article 686 autorisant les propriétaires à établir telles servitudes que bon leur semble, il dépend d'eux de constituer sur leurs fonds, et en faveur de leurs fonds, tous les services qui peuvent satisfaire à leurs besoins, à leurs intérêts, ou à leurs convenances, et il serait impossible d'entrer dans le détail de ces sortes de stipulations, dont le nombre et la variété sont infinis.

913. — Toutefois, il est un certain nombre de servi-

tudes, d'une utilité générale et pour ainsi dire universelle, qui sont plus particulièrement connues dans la doctrine et usitées dans la pratique; les jurisconsultes romains s'en étaient aussi spécialement occupés, et leur avaient même donné, du moins à quelques-unes d'entre elles, des noms qu'elles ont conservés dans notre jurisprudence et sous lesquels on les désigne encore souvent aujourd'hui (comp. au Digeste les titres *de Servitutibus prædiorum urbanorum et rusticorum*).

Il ne sera donc pas inutile de passer rapidement en revue ces servitudes les plus importantes, d'autant plus qu'elles sont, en quelque sorte, des types dont les autres servitudes, moins connues et moins usitées, ne sont le plus souvent que des modifications, et auxquels elles se rapportent toujours plus ou moins.

914. — I. *De la servitude de conduite d'eau*, « *aquæductus* » (art. 688).

Cette servitude, ainsi que sa dénomination l'indique, consiste dans le droit de faire passer un courant d'eau à travers le fonds d'autrui, *jus aquam ducendi per fundum alienum* (L. 1, princ., ff. *de Servit. præd. rust.*); nous y avons déjà consacré, sur les articles 640 et 641, et à l'occasion de la loi du 29 avril 1845, des développements étendus, auxquels il suffit de nous référer (*supra*, n°s 16 et suiv., et n°s 201 et suiv.).

Bornons-nous à remarquer ici que, lorsque le droit d'aqueduc n'a été établi que pour une certaine quantité d'eaux, ou pour des eaux spécialement déterminées, comme, par exemple, les eaux de telle source, il ne serait pas permis, dans le premier cas, d'en augmenter le volume, pas plus que, dans le second cas, d'y mêler des eaux étrangères à celles que l'on a eues en vue, lors de la constitution de la servitude (comp. L. 1, § 17, ff. *De aqua quot. et æstiv.*; L. 29, ff. *de Servit. præd. rust.*; art. 702).

Il en serait autrement toutefois, dans le cas d'un droit

d'aqueduc établi d'une manière indéterminée, sans que les parties aient eu en vue telle eau plutôt que telle autre; et telle sera le plus ordinairement la règle, lorsque l'eau sera dérivée d'une source existant sur un héritage autre que celui sur lequel l'aqueduc est établi (comp. Riom, 23 janvier 1829, Vissagnet, D., 1829, II, 146; Cass., 27 févr. 1844, Vaucher, Dev., 1844, I, 658).

Ce qui est certain, c'est que celui auquel une pareille servitude appartient, ne peut corrompre ni altérer les eaux d'une façon préjudiciable au fonds servant, à moins, bien entendu, que telle ne soit la conséquence nécessaire de l'objet même pour lequel la servitude a été établie, comme s'il s'agit de l'écoulement des eaux après leur emploi dans un établissement industriel (comp. Cœpolla, tract. I, cap. LXIV, et tract. II, cap. II, n° IV; Lalaure, liv. I, chap. V, p. 25; Daviel, t. III, n°s 910 et suiv.).

915. — II. *De la servitude d'égout ou de port d'eau,* « stillicidii, fluminis, cloacæ. » (L. 26, § 4 et 5, ff. *de Servit. præp. rust.;* L. 7, ff. *de Servit.*; art. 688.)

La servitude d'égout est de plusieurs sortes; et elle peut s'appliquer soit aux eaux pluviales, soit à d'autres eaux, telles que les eaux ménagères.

En général, la servitude d'égout, établie sans autre explication, ne s'entend que de l'égout des eaux pluviales (comp. Paris, 14 mars 1836, Gobinat, D., 1836, I, 62; Pardessus, t. I, n° 237). Néanmoins, si le titre portait que *les eaux de telle maison* passeront sur le fonds servant, on serait fondé à soutenir que les eaux ménagères y sont comprises aussi bien que les eaux pluviales (comp. Ferrière, sur l'article 186 de la cout. de Paris; Houard, *Dict. de droit normand*, v° *Servit.*; Daviel, t. III, n° 939).

A. Nous nous sommes déjà occupé, à l'occasion de l'article 681, de ce qui concerne la servitude d'égout des eaux pluviales établie activement ou passivement, *avertendi aut non avertendi* (*supra*, n°s 584 et suiv.).

Ajoutons seulement ici que, en général, cette servitude n'empêche pas le propriétaire du fonds assujetti d'y élever des constructions, dès qu'elles ne nuisent pas à l'exercice de la servitude (comp. L. 20, § 6, ff. *de Servit. præd. urb.*; Cœpolla, tract. I, cap. XXVIII, n° 5; Metz, 12 juin 1807, Faynot, Sirey, 1807, II, 188; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 82).

B. Quant à la servitude d'égout des eaux ménagères, *jus cloacæ mittendæ*, elle s'entend *des eaux* qui sont employées au service de la maison, même des eaux de la cuisine, à moins que le titre n'exclue *les eaux puantes*; mais, indépendamment même de toute explication, nous ne croyons pas qu'elle s'applique aux urines, ni même aux eaux de fumier, à moins qu'il ne résulte certainement du titre, qu'elles y sont aussi comprises (comp. Pardessus, t. I, n° 237).

Et c'est surtout en ce qui concerne cette espèce de servitude, l'une des plus incommodes et des plus onéreuses, qu'il faut strictement maintenir la règle que la servitude ne doit pas être aggravée :

« Lorsque la servitude de port d'eaux a été établie au profit d'une maison alors occupée par un bourgeois, marchand, artisan, praticien ou autre de condition analogue, un charcutier, boucher, tanneur, corroyeur, faiseur de savon et autres de tel métier, pourraient-ils s'y établir et transmettre les eaux provenant de leurs travaux? je tiens que non, dit Ferrière, à cause de la puanteur. » (Sur l'article 109 de la cout. de Paris, n° 29; ajout. arrêt du Parlement d'Aix, du 18 juin 1781; Cass., 16 mai 1838, Cazeaux, D., 1838, II, 244.)

Et puisque le fonds servant n'est tenu que de recevoir les eaux, il s'ensuit qu'il faut placer, à l'orifice de l'évier, une grille, afin qu'il ne reçoive pas aussi les ordures et les débris de cuisine que l'on pourrait y mêler; telle est aussi la pratique (comp. Houard, v° *Servitudes*, p. 204; Ferrière, sur l'article 186 de la cout. de Paris, n° 28; Des-

godets, sur l'article 188, n° 5; Lalaure, l. I, chap. IV, p. 22; Solon, n° 450).

Remarquons enfin qu'il ne faut pas confondre la servitude d'egout, *jus stillicidii aut cloacæ*, avec celle que les anciens auteurs ont nommée *jus aquæ immittendæ*, et qui consiste, dit Lalaure, a obliger celui qui la doit, à souffrir que le propriétaire de la maison dominante jette par la fenêtre des eaux sur son toit, sur sa cour ou sur son sol. Cette espèce de servitude n'est effectivement, en général, établie que pour le service des maisons qui sont tellement environnées de bâtiments de toutes parts, qu'elles n'ont aucune issue pour leurs eaux. Cette dernière servitude, d'ailleurs, ne donnerait pas non plus le droit, dit Cœpolla, *stercus, vel urinam, vel alia similia projicere* (tract. I, cap. XXXI, n° 5; comp. Lalaure, liv. I, chap. IV, p. 23; Solon, n° 448).

916. — III. *De la servitude de jour, ou de vue, ou de prospect*, « jusluminum; ne luminibus officiatur; prospectus » (L. 4, 15, 16 et 17, ff. *de Servit præp. urb.*; art. 688.)

Déjà, à l'occasion des articles 675 et suivants, nous nous sommes expliqué sur cette espèce de servitude (*supra*, n°s 578 et suiv.).

Rappelons donc seulement ici qu'elle peut être établie de trois manières et constituer, suivant les cas :

A. Soit une simple servitude de jour;

B. Soit une servitude de vue;

C. Soit enfin une vue de *prospect*.

A. La servitude de jour, *luminum*, consiste seulement dans le droit de recevoir la lumière, *le jour*, sans pouvoir regarder dans le fonds assujetti; et en cas de silence du titre sur le mode d'exécution, il nous paraît logique de décider que les ouvertures, au moyen desquelles le jour sera obtenu, devront être soumises aux conditions déterminées par les articles 676 et 677, qui règlent précisément l'exercice des jours dits de souffrance (comp. Pardessus, t. I, n° 237).

Le propriétaire du fonds assujetti à la simple servitude de jour, peut d'ailleurs planter et bâtir, dès qu'il laisse au fonds dominant un jour suffisant (comp. Cœpolla, tract. I, cap. XXIII, n° 2, cap. XXV, n° 4; Lalaure, liv. I, chap. IV, p. 31; Solon, n° 277).

917. — B. La servitude de vue a plus d'étendue; et elle consiste dans le droit d'avoir des vues droites ou obliques à une distance moindre de l'héritage voisin, que celle qui est réglée par les articles 678, 679 et 680.

Si le titre détermine le nombre, la dimension, la place des fenêtres, et les autres conditions de leur établissement, il faut, bien entendu, s'y tenir. Dans le cas contraire, c'est d'après les circonstances que l'étendue de la servitude doit être appréciée. Vous avez, par exemple, stipulé, sans autre explication, le droit d'ouvrir sur mon héritage des vues pour le service de la maison que vous allez construire; la généralité de cette clause vous autorise à en ouvrir, à chaque étage, autant que vous voudrez, de telle dimension et en tel nombre qu'il vous plaira. Mais si vous n'avez stipulé le droit d'ouvrir des fenêtres que pour une maison déjà existante, il ne vous serait pas permis d'en ouvrir dans un nouvel étage, que vous y ajouteriez ensuite (comp. Caen, 1er mars 1839, Delaunay, Dev., 1839, I, 298).

Cette servitude empêche-t-elle le propriétaire du fonds assujetti de bâtir ou de planter?

Il ne nous paraît pas qu'on pût l'en empêcher, en tant que ses constructions et ses plantations ne dépasseraient pas la hauteur des fenêtres du fonds dominant; et si, par exemple, ces fenêtres étaient au premier ou au second étage, le propriétaire du fonds servant pourrait, en général, bâtir indistinctement sur toutes les parties de son fonds et jusqu'à la ligne séparative, du côté du fonds dominant, si ses bâtiments ne s'élevaient pas au-dessus des fenêtres. L'aspect sans doute pourrait en devenir moins agréable; mais il ne doit que la servitude de vue; et la

vue ne s'en exercerait pas alors moins bien. Encore cette solution pourrait-elle dépendre des circonstances ; et c'est ainsi que la Cour de Caen a jugé que celui dont le fonds est grevé d'une servitude de vue, ne peut pas planter des sureaux, même seulement jusqu'à la hauteur des fenêtres : « Considérant que quand bien même on ordonnerait la réduction du sureau à la hauteur des appuis des jours de la maison, il n'en arriverait pas moins que d'un instant à l'autre ces jours se trouveraient obstrués ou obscurcis, en raison de l'abondance et de la rapidité de la végétation de cette plante; ce qui deviendrait une occasion incessante de querelles entre les parties ; qu'en pareille circonstance, et eu égard à la nature particulière de cette plante, le jugement, dont est appel, en a sagement ordonné la suppression. » (20 févr. 1845, Denis, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 82).

Mais le propriétaire du fonds servant ne pourrait pas bâtir au delà de la hauteur des fenêtres, si ce n'est à une distance de six pieds ou de deux pieds, suivant qu'il s'agirait de vues droites ou de vues obliques; et cette distance ne devrait même, en général, être comptée qu'à partir de la ligne séparative des deux héritages (arg. des articles 678, 680; comp. Duranton, t. V, n° 519).

On a prétendu, il est vrai, que le propriétaire d'un fonds assujetti à une servitude de vue, ne pouvait pas même élever des constructions a la distance prescrite par les articles 678 et 680 (comp. Paris, 13 févr. 1853, Pilté, D., 1855, I, 211). Mais cela reviendrait à dire que la servitude de vue entraîne, comme conséquence nécessaire, la servitude *non ædificandi* ou *non altius tollendi;* or il est manifeste que ces deux servitudes sont tout à fait distinctes et que la seconde ne dérive pas du tout de la première. Aussi l'arrêt précité de la Cour de Paris a-t-il été cassé (Cass., 10 avril 1855, mêmes parties, Dalloz, *loc. supra cit.*; Cass., 31 juill. 1855, Lottero, Dev., 1856, I, 393).

Quant au point de savoir si le propriétaire du fonds servant pourrait y faire des plantations, sans observer aucune distance, *si arborem ponat* (L. 17, ff. *de Servit. præd. urb.*), la solution peut dépendre beaucoup des circonstances et surtout des termes du titre constitutif; si le titre portait, par exemple, en termes exprès, seulement la défense de bâtir, on serait fondé à en induire qu'il n'est pas défendu de planter; tandis que s'il y était stipulé que la vue devra être libre, cette clause s'opposerait aux plantations aussi bien qu'aux constructions. Dans le silence de l'acte, ce serait là une question de fait, à décider d'après l'article 701 (comp. Caen, 1re ch., 20 févr. 1823, Royer; 2e ch., 25 juin 1831, Duclos; Cass., 12 déc. 1836, Bonneau, Dev., 1837, I, 316; Limoges, 3 mars 1845, Danglard, Dev., 1846, II, 269; L. 17, princ. ff. *de Servit. urban.*; Cœpolla, tract. I, cap. XXVIII, n° 3; Lalaure, liv. I, cap. IV, p. 22; Duranton, t. V, n° 519; Pardessus, t. I, n° 235; Solon, n° 277).

La Cour de cassation a jugé que le propriétaire d'une cour sur laquelle existe une servitude de vue au profit de la maison voisine, ne peut pas faire couvrir cette cour d'un toit en vitrage, parce que ce toit, encore bien qu'il n'intercepte pas tout à fait la lumière du jour, en diminue pourtant l'exercice. Ce n'est là qu'une application de l'article 701, premier alinéa; mais elle a ceci de remarquable, que la Cour a jugé en droit, en cassant un arrêt de la Cour de Rouen (Cass., 15 janv. 1840, Leviel, Dev., 1840, I, 251).

918. — C. Enfin la servitude de prospect est encore plus étendue; elle consiste à empêcher le propriétaire du fonds assujetti de rien bâtir ni planter qui puisse diminuer la liberté et l'agrément de la vue au préjudice du fonds dominant, *ea quæ obstatura sunt; ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum vel liberum* (L. 12 et L. 15, ff. *de Servit. præd. rust.*). On pense généralement aussi, par le même motif, qu'il ne pourrait y établir non plus

une mare ni un cloaque. C'est, d'ailleurs, d'après les clauses de l'acte et des circonstances du fait, et surtout d'après l'état des lieux au moment de l'établissement de cette espèce de servitude, qu'il faut déterminer son étendue (comp. Cœpolla, tract. I, cap. XXVI; Domat, *Lois civ.*, liv., I, tit. XII, sect. II, nos 5 et 6; Pardessus, t. I, n° 235; Duranton, t. V, n° 522; Solon, n° 278).

919. — Les différentes solutions que nous venons de proposer, sont d'ailleurs subordonnées, en fait, à deux causes, dont il faut tenir le plus grand compte : d'abord, aux différentes expressions qui auront été employées dans les titres; et ensuite, à la forme différente de la rédaction et à la manière dont les clauses auront été formulées.

D'une part, ainsi que nous venons de le dire (*supra*, n° 916), ce n'est pas du tout la même chose de déclarer qu'un héritage aura *des jours* ou *des vues* sur un autre héritage; et même il peut y avoir une différence très-réelle entre *les vues* et *la vue;* car ce dernier terme peut, suivant les cas, désigner une vue de *prospect*.

D'autre part, la formule et la différente rédaction des actes est aussi fort à considérer; autre chose est, par exemple, de concéder au propriétaire de l'héritage voisin, des jours ou des vues sur notre héritage; autre chose, de nous engager envers lui à ne pas nuire à ses jours ou à ses vues. La première clause suppose, en général, que les jours ou les vues n'existent pas encore; tandis que la seconde se réfère à un état de choses déjà établi; et il semble dès lors que la servitude est susceptible, dans le second cas, d'une étendue plus grande que dans le premier cas, en ce sens que les parties doivent être réputées avoir entendu maintenir l'état des lieux tel qu'il existait au moment de la convention, *uti nunc est, ita sit* (L. 33, ff. *de Servit. præd. urb.*); d'où résulte pour le propriétaire du fonds assujetti la prohibition de rien faire qui diminue désormais l'exercice de la servitude telle qu'elle existe.

Les anciens jurisconsultes n'avaient pas manqué de saisir ces nuances (comp. Cœpolla, tract. I, cap, XXXIII; Vinnius, Inst., *de Servit.*); et nous croyons qu'il convient toujours d'y avoir tel égard que de raison, suivant les cas, dans l'interprétation des titres constitutifs de cette espèce de servitude (comp. Pardessus, t. I, nos 235 et 237; Solon, n° 278).

920. — IV. *De la servitude de ne point bâtir sur un fonds, ou de ne point bâtir au delà d'une certaine hauteur,* « non ædificandi aut non altius tollendi. » (L. 2, ff. *de Servit. præd. urb.*; art. 689.)

Cette servitude, qui empêche le propriétaire du fonds servant, de bâtir ou d'élever des bâtiments au delà d'une hauteur déterminée, a généralement pour but de ménager au fonds dominant des vues ou un aspect plus agréables, et de lui assurer les avantages résultant de l'air et d'une large diffusion de la lumière.

Toutefois il importe de remarquer qu'elle ne renferme pas, au profit du fonds dominant, la servitude de vue ni de prospect, et que, par exemple, si la maison en faveur de laquelle la servitude *non ædificandi aut non altius tollendi* a été établie, était située à la distance de dix-neuf décimètres (six pieds) de la ligne qui la sépare de l'héritage asservi, le propriétaire de cette maison n'aurait pas le droit de rapprocher ses constructions et d'ouvrir des fenêtres à une distance moindre de six pieds. Autre chose est la servitude négative *non ædificandi;* autre chose la servitude affirmative de vue ou de prospect.

Il pourrait néanmoins en être autrement dans le cas où la maison en faveur de laquelle la servitude *non ædificandi* a été établie, existait déjà en ce moment avec des fenêtres à une distance moindre que celle qui est prescrite par les articles 678 et 679. On pourrait alors et on devrait même presque toujours, en cas pareil, décider, par voie d'interprétation, que les parties ont entendu maintenir l'état actuel des choses, et qu'elles ont implicitement

constitué la servitude de vue (comp. Cœpolla, tract. I, cap. XVII, n° 3; Duranton, t. V, n°s 512, 513).

Mais remarquons que s'il était reconnu que la servitude *altius non tollendi* n'a été établie qu'en contemplation du droit d'ouvrir des fenêtres sur un fonds, et seulement comme servitude accessoire de la servitude principale de vue, elle cesserait d'exister, lorsque le droit d'avoir des vues serait éteint lui-même par prescription. (comp. Caen, 26 mai 1841, Boessée, *Rec. de Caen*, t. V, p. 162).

921. — Si le titre ne détermine pas l'étendue du terrain sur lequel pèse la servitude, la règle est que tout le fonds est asservi, et que par conséquent le propriétaire du fonds servant ne peut construire ou élever ses constructions sur aucune des parties de son fonds, même les plus éloignées de l'héritage dominant; sauf, bien entendu, le cas où l'intention contraire des parties résulterait de l'acte interprété d'après les circonstances du fait.

922. — La servitude qui impose au propriétaire du fonds assujetti l'obligation de ne point bâtir, ou de ne pas bâtir au delà d'une hauteur déterminée, l'empêche-t-elle de faire des plantations sur son fonds?

Non, en règle générale.

Telle était la décision du droit romain, qui lui permettait de laisser croître ses arbres au delà de la hauteur que ses constructions n'auraient pas pu dépasser, *supra eam altitudinem* (L. 12, ff. *de Servit. præd. urb.*).

Nos anciens auteurs paraissent aussi avoir enseigné cette doctrine (comp. Despisses, part. II, tit. I, art. 4, sect. I; Lalaure, liv. I, chap. IV, p. 19, Basnage, sur l'article 626 de la coutume de Normandie; ajout. Cœpolla, tract. I, cap. XVII, n° 3).

Et tel est encore aujourd'hui le sentiment général (comp. Cass., 18 mai 1835, Caillet, Dev., 1835, I, 812; Cass., 12 décembre 1836, Bonneau, Dev., 1837, I, 316, Pardessus, t. I, n° 235; Duranton, t. V, n° 511).

A plus forte raison, le propriétaire du fonds servant pourrait-il y établir une mare, un cloaque, ou un dépôt momentané de bois (*voy.* l'arrêt précité du 12 décembre 1836).

Il importe toutefois d'ajouter que ces différentes solutions devraient être modifiées, s'il résultait du titre constitutif que la servitude a été établie pour procurer au fonds dominant une vue de prospect; auquel cas, le propriétaire du fonds servant ne pourrait pas plus faire de plantations nuisibles à cette vue, *quæ obstatura sunt,* qu'il ne pourrait bâtir.

922 *bis.* — Votre fonds est grevé envers le mien de la servitude *non ædificandi.*

Je construis sur la ligne séparative des deux héritages, un mur dans lequel je pratique des jours, suivant les conditions déterminées par les articles 676 et 677.

On demande si vous pouvez acquérir la mitoyenneté de ce mur, et me faire boucher mes jours.

En d'autres termes, résulte-t-il de la servitude *non ædificandi* imposée à un fonds, que le propriétaire de ce fonds ne peut pas acheter la mitoyenneté du mur de clôture élevé par le propriétaire du fonds dominant, ou du moins qu'il ne peut faire boucher les jours qui y ont été ouverts?

Cette question est délicate; et nous avons eu déjà occasion de l'indiquer (*supra*, n° 361).

L'espèce s'est présentée; et la Cour de Paris jugea, le 23 avril 1841, que le propriétaire du fonds servant peut bien acheter la mitoyenneté, mais qu'il n'a pas le droit de me faire boucher les jours.

La Cour suprême, en cassant l'arrêt de la Cour de Paris, a décidé, au contraire, que le propriétaire du fonds servant pouvait acheter la mitoyenneté et faire ensuite supprimer les jours (29 février 1848, la comp. du *Phénix,* Dev., 1848, I, 441).

Enfin, sur le renvoi qui lui en a été fait, la Cour d'Or-

léans a jugé que le propriétaire du fonds servant ne pouvait ni acheter la mitoyenneté du mur ni par conséquent faire boucher les jours (1er déc. 1848, comp. du *Phénix*, Dev., 1849, II, 596).

Il faudra toujours, en ces sortes d'affaires, recourir, avant tout, au titre constitutif; et la question dépendra souvent de l'interprétation de ce titre et des diverses circonstances du fait.

Mais, en règle générale, nous adopterions la doctrine qui a été consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation.

Une servitude ne cesse que lorsque les choses se trouvent en tel état, qu'on ne peut pas en user (art. 703); or, dit-on, le propriétaire du fonds auquel était due par l'autre fonds la servitude *non ædificandi*, ayant pratiqué des jours dans le mur par lui construit, pouvait encore user de la servitude; donc, il avait toujours le droit de s'en prévaloir.

Mais nous avons déjà répondu que celui auquel une servitude est due, ne peut en user que suivant son titre (art. 702), et qu'il n'a pas le droit de faire des innovations dont le résultat serait de substituer une servitude nouvelle à la servitude dont le fonds servant était grevé.

923. — La servitude *non ædificandi aut altius non tollendi* doit être clairement établie; et elle ne peut en général résulter de simples inductions.

C'est ainsi que la Cour de Caen a jugé plusieurs fois, avec grande raison, que la clause assez fréquente par laquelle des propriétaires voisins ou des copartageants, dans l'acte de partage, conviennent que pour faire la séparation et clôture de leurs héritages, il sera fait par eux, à frais communs, un mur de telle hauteur, que cette clause, disons-nous, n'emporte pas la servitude *altius non tollendi*, et que l'une ou l'autre des parties a le droit de donner une plus grande hauteur à cette clôture (comp. Caen, 13 mai 1837, Dillaye, *Rec. de Caen*, t. I, p. 360; 16 mars 1840, Despreaux; *Rec. de Caen*, t. IV, p. 58;

26 mai 1841, Boessée, *Rec. de Caen*, t. V, p. 152; *voy.* aussi *supra*, n° 383 *bis*).

Rappelons également que cette servitude *non ædificandi* ou *non altius tollendi* étant non apparente, ne saurait résulter ni de la prescription, ni de la destination du père de famille (comp. Cass., 10 avril 1855, Pilté, Dev., 1855, I, 369; Cass., 17 août 1858, Durval, Dev., 1859, I, 71; Cass., 5 août 1862; Baron, Dev., 1863, I, 34).

924. — V. *De la servitude qui consiste dans le droit d'appuyer sa maison ou son mur sur le mur ou la maison du voisin*, « oneris ferendi. » (L. 33, ff. *de Servit. præd. urb.*)

Cette servitude avait cela de particulier, chez les Romains, qu'elle obligeait le propriétaire du fonds servant à entretenir et à refaire le mur qui soutenait la charge.

En est-il encore de même aujourd'hui ?

C'est ce que nous avons examiné plus haut (n° 874).

La servitude, que l'on appelle à Rome, *tigni immittendi*, a beaucoup de rapport avec la servitude *oneris ferendi;* elle consiste dans le droit de placer des poutres ou des solives dans le mur du voisin (comp. L. 20 et 25, ff. *de Servit. præd. urb.*; L. 142, § 1, ff. *De verb. signif.*).

Si le titre détermine le nombre, le poids et la place des poutres, qu'il sera permis d'appuyer sur le mur, il fait la règle; dans le silence du titre, c'est d'après les circonstances, qu'il faut décider cette question; et s'il était dit seulement que je pourrais placer des poutres dans votre mur, la règle, en général, serait que je pourrais en placer autant que je voudrais, et à telle place qu'il me conviendrait de choisir.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les poutres ou solives, que, pour cause de vétusté ou autrement, il serait nécessaire de changer, soient remplacées par d'autres (arg. des articles 665, 703, 704; comp. Cœpolla, tract. cap, xxv n° 58; Lalaure, liv. I, chap. iv, p. 20; Duran-

ton, t. V, nos 504, 505; Pardessus, t. I, nos 237; Solon, ns 438, 439.)

925. — VI. *De la servitude qui consiste dans le droit de faire avancer un balcon, un toit, ou tout autre ouvrage en saillie sur le fonds du voisin,* « projiciendi. » (L. 2, ff. *de Servit. præd. urb.*)

Cette servitude, qui se rapproche beaucoup des deux précédentes, en diffère par ce motif qu'elle ne donne aucun droit d'appui sur le fonds du voisin. Mais ce droit de servitude est indispensable pour faire le moindre avancement sur l'héritage du voisin, lors même qu'il n'y aurait, à la place de la saillie, ni constructions, ni plantations quelconques (art. 552, 681; Solon, n° 440.)

926. — VII. *De la servitude de passage*, « iter, actus, via. » (Inst. princ., *de Servit.*; art. 688.)

Cette servitude est, parmi toutes les autres, l'une des plus usuelles et des plus importantes, et l'une de celles aussi qui donnent lieu, dans la pratique, au plus grand nombre de contestations.

C'est qu'il n'en est guère non plus qui, dans son étendue et dans les différents modes de son exercice, soit susceptibles de plus de variétés.

On peut avoir, en effet, le droit de passer :

Par le champ, la cour, le jardin, et même par la maison d'un voisin;

A pied seulement; ou à cheval; ou avec voitures et chariots;

En tout temps, ou à certaines époques seulement de l'année, comme, par exemple, pour faire sortir le foin d'un pré, ou la vendange d'une vigne;

A toute heure du jour ou de la nuit, ou seulement le jour, ou à certaines heures seulement du jour ou de la nuit;

Pour conduire des troupeaux à tel ou tel pâturage, ou seulement pour le passage des personnes, etc.

Le titre fait, à cet égard, la loi commune des parties;

et on ne saurait trop leur recommander de déterminer et de préciser le plus possible l'étendue et le mode d'exercice de cette servitude ; nous en avons déjà fait la remarque (*supra*, n° 828.)

Ce que l'on peut dire en règle générale, c'est, d'une part, que le droit de passage constitué en termes indéfinis et sans limitation, s'étend à tous les usages auxquels l'héritage dominant sert d'après sa nature et sa destination (*supra*, n° 854 ; Caen, 2e chambre, 8 janvier 1820, Brot.) Aussi ne voudrions-nous pas dire, ainsi qu'on l'a fait, en invoquant l'article 93 du second projet de Code rural, que la simple stipulation d'un droit de passage ne doit s'entendre que du passage de l'homme (comp. Solon, n° 451.)

Mais, d'autre part, le droit de passage établi pour un certain objet défini, ou restreint à un certain mode d'exercice, ne saurait être étendu à un autre objet ni à un mode d'exercice différent.

Quant à la largeur du chemin, *latitudo*, il faut, bien entendu, se conformer à celle qui est déterminée par le titre : *quæ demonstrata est* (L. 13, § 2, ff. *de Servit. præd. rust.*). A défaut d'indication formelle sur ce point, on doit en général décider qu'il a été dans l'intention commune des parties d'adopter les dimensions qui sont en usage dans le pays, selon l'espèce de passage qu'elles ont établi (art. 1159, 1160; comp. Caen, 28 août 1846, comm. de Saint-Évroult, *Rec. de Caen*, t. X, p. 422; Heineccius, *elem. jur.*, § 309 ; art. 94 du second projet de Code rural ; Pardessus, t. I, n° 237 ; Solon, n° 337.) Et enfin, dans le doute, c'est aux experts à déterminer cette largeur, *hoc ab arbitro statuendum est* (L. 13, *supra cit.*), eu égard à l'objet de la servitude et à la position des héritages.

Il convient d'ailleurs de bien peser toutes les expressions qui se trouvent dans le titre constitutif; ces différents mots : *voie*, *chemin*, *sente*, *sentier*, peuvent expri-

mer des droits de passage bien différents, et c'est d'après l'objet de la servitude, les usages locaux, et la situation respective des fonds, que le sens et l'étendue de chacune d'elles doivent être déterminés dans chaque espèce.

C'est d'après ces mêmes élements d'interprétation, qu'il faut décider suivant les circonstances, toutes ces questions de détail, qui s'élèvent souvent ici :

Le passage doit-il être libre? et le propriétaire du fonds servant peut-il se clore, sauf à remettre une clef au propriétaire du fonds dominant? (*Supra* n°s 638, 639.)

Le passage doit-il être exercé à ciel découvert? Ou, le propriétaire du fonds servant peut-il élever des constructions, sous la seule condition de laisser au passage une largeur et une hauteur suffisantes, ainsi que la quantité d'air et de lumière nécessaire pour en user commodément? (Comp., Rouen, 22 mai 1837, Dubuc; et Aix, 19 janv. 1855, Beaume, Dev., 1856, II, 666, et note 1.)

Le passage peut-il être exercé de nuit comme de jour? (L. 14, ff. *Comm. præd.*)

Quels sont les travaux qui peuvent être faits soit par le propriétaire du fonds dominant pour rendre l'exercice du passage plus commode, soit par le propriétaire du fonds servant, pour le rendre moins incommode? (Art. 701, 702.)

Ce sont là presque toujours de simples questions d'espèce, dans le détail desquelles il serait impossible de descendre. Ce que nous pouvons faire, c'est d'indiquer les décisions judiciaires les plus intéressantes qui ont été rendues sur ces différentes questions, et qui pourront fournir dans des espèces semblables, des points de comparaison et des arguments d'analogie (comp. Bordeaux, 4 mai 1832, Peychaud, Dev., 1832, II, 179; Caen, 16 mars 1840, Despréaux, *Rec. de Caen*, t. IV, p. 58; Cass., 1er févr. 1841, Berton, Dev., 1841, I, 599; Cass.,

17 mai 1843, Villette, Dev., 1843, I, 811; Besançon, 14 nov. 1844, Jacquard, Dev., 1845, II, 601; Rouen, 11 mars 1846, Marie, Dev.. 1846, II, 427; Lyon, 27 juin 1849, Valorge, Dev., 1850, II, 179; Cass., 4 févr. 1850, Gatinet, Dev., 1850, I, 265; Bordeaux, 22 déc. 1851, Mathé, Dev., 1852, II, 44; Cass., 28 juin 1853, Audru, Dev., 1854, I, 58; Caen, 16 mai 1854, Ameline, *Rec. de Caen*, t. XVIII, p. 123; Rouen, 30 déc. 1854, Efrohen, *Rec. de Caen et de Rouen*, t. V. p. 76; comp. aussi Cœpolla, tract. II, cap. I; Lalaure, liv. I, chap. IV, p. 22).

927. — VIII. *De la servitude de puisage;* « aquæ haustus. » (L. 1, ff. *de Servit. præd. rust.;* art. 688; comp. Cœpolla, tract. II, cap. VII.)

Cette servitude consiste dans le droit de puiser de l'eau au puits, à la citerne ou à la fontaine d'autrui, pour les besoins d'une maison, pour l'arrosement d'un jardin ou d'un champ, ou pour le service d'une exploitation industrielle.

Si le titre détermine la quantité d'eau qui pourra être puisée par chaque jour, il fait la loi des parties; dans le silence du titre, cette quantité est déterminée eu égard aux besoins du fonds dominant, sauf règlement, en cas de difficulté (*voy.* aussi *supra*, n° 890).

On peut ajouter aussi que, dans le silence du titre sur le temps pendant lequel le puisage pourra être exercé, on ne peut en général user de cette espèce de servitude que pendant le jour, à moins qu'un incendie ou quelque autre circonstance extraordinaire n'en nécessite l'exercice pendant la nuit; cela est vrai surtout, lorsque le puits ou la citerne sont situés dans des jardins ou des cours attenant à des habitations (comp. Mornac, *ad Leg.* 14, ff. *de Servit.*).

Solon (n° 452) a proposé de dire, par argument de l'article 1037 du Code de procédure, que la servitude de puisage peut être exercée à partir du 31 octobre jusqu'au

31 mai, depuis six heures du matin jusqu'à six heures du soir; et à partir du 1er avril jusqu'au 30 septembre, depuis quatre heures du matin jusqu'à neuf heures du soir. C'est là, en effet, une indication qui, en cas de difficulté, pourrait servir de base à un règlement entre les parties, afin d'empêcher que le puisage s'exerce à *des heures indues*, comme dit Lalaure (liv. I, chap. IV, n° 28).

928. — IX. *De la servitude d'abreuvage;* « pecoris ad aquam adpulsus. » (L. 1, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*)

Cette servitude consiste dans le droit de mener boire à la fontaine, à l'étang ou à la mare d'autrui, les animaux placés sur un fonds pour son exploitation.

Pas de difficulté, si le titre détermine l'espèce et le nombre des animaux qui pourront y être conduits.

Dans le silence du titre, c'est une question à résoudre d'après les termes de l'acte et toutes les circonstances du fait.

Pardessus enseigne que l'on pourrait être autorisé à distinguer si le titre se sert du mot *bestiaux* ou *troupeaux;* que le premier est générique et comprend toute espèce de quadrupèdes consacrés à l'agriculture, tandis que le second semble devoir être restreint aux moutons ou autres animaux qui vivent en troupe (t. I, n° 237).

Cette observation est juste (comp. Cœpolla, tract. II, cap. IX, note 2): et il faudra, en effet, tenir compte de ces deux termes, sauf à examiner, en fait, quelle acception les parties ont entendu attacher aux expressions dont elles se sont servies (arg. de l'article 1156).

929. — Mais ce qui est toujours nécessaire, c'est que les animaux, quels qu'ils soient (*bestiaux* ou *troupeaux*), pour lesquels le droit d'abreuvage est établi, soient placés sur le fonds dominant pour la culture et l'exploitation de ce fonds, *bovum per quos colitur fundus*, disait fort bien Cœpolla (tract. II, cap. VIII, n° 2).

Le droit d'abreuvage, stipulé pour des animaux qui

seraient l'objet d'un commerce, et non pas le moyen d'exploitation d'un fonds, ne constituerait donc pas une servitude réelle (art. 639).

Mais aussi lorsque l'exploitation du fonds lui-même consiste dans l'éducation (*l'élève*, comme on dit) et dans la nourriture des animaux, *si prædii fructus maxime in pecore consistat* (L. 4, ff. *de Servit. præd. rust.*), il nous paraît certain que le droit d'abreuvage constitue une servitude prédiale, lors même que ces animaux seraient destinés à être ensuite vendus et remplacés par d'autres. Il est vrai que nous avons pensé qu'ils ne seraient point, dans ce cas, immeubles par destination (*voy.* notre tome IX, n°s 242, 243); mais nous avons aussi reconnu qu'ils n'en étaient pas moins, dans ce cas-là même, des agents d'exploitation agricole; or, cela suffit pour que la servitude d'abreuvage qui les concerne, soit prédiale (comp. Pardessus, t. I, n° 237; Solon, n° 453).

930. — Lorsque le nombre de bêtes qui pourront être conduites à l'abreuvage est réglé par le titre, il est clair qu'on n'en peut pas conduire davantage, *amplior numerus pecoris* (L. I, § 18, ff. *De aqua quot. et æst.*)

Dans le silence du titre, ce nombre est déterminé eu égard aux besoins du fonds dominant tels qu'ils étaient à l'époque de l'établissement de la servitude (comp. Solon, n° 453); du moins telle est la règle générale, qu'il ne faut pourtant pas entendre d'une manière trop absolue ni qui rende impossible toute espèce d'amélioration du fonds dominant (*supra* n° 852; Cass., 10 déc. 1839, Brucy, Dev., 1840, I, 513).

931. — *De la servitude de pacage ou de pâturage;* « pecoris pascendi. » (L. 4, ff. *de Servit. præd rust.;* art. 688.)

Cette servitude consiste dans le droit de mener paître sur le fonds d'autrui, soit sur une certaine partie seulement, soit sur toute l'étendue de ce fonds, suivant le titre, les animaux placés sur un domaine pour son exploitation.

Il faut appliquer au pacage, en ce qui concerne l'espèce et le nombre des animaux qui pourront y être conduits, les mêmes principes que nous venons de poser relativement à l'abreuvage (*supra*, nos 928, 929 et 930).

932.—En ce qui concerne la manière dont peuvent s'exercer les droits de pacage établis au profit des communes dans les bois et forêts, on peut consulter la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791 (titre I, sect. IV) et le Code forestier (art. 64 et suiv.).

Quant aux droits de pâturage dans les bois des particuliers, *voy.* aussi les articles 117 et suivants du Code forestier.

933. — Remarquons seulement, avec Cœpolla, que le propriétaire du fonds dominant ne doit pas envoyer au pâturage des animaux atteints de maladies contagieuses, *pecoribus pestiferis*, qui pourraient communiquer leur mal à ceux que le maître du fonds assujetti a le droit d'y placer lui-même (comp. Cœpolla, tract. II, cap. IX, n° 20).

934.—Le propriétaire, dont le fonds est soumis à un droit de pacage (ou d'abreuvage), peut-il néanmoins se clore ?

Nous avons examiné plus haut cette question relativement aux droits de parcours et de vaine pâture (*supra*, nos 287 et suiv.).

Pour ce qui est de la servitude de pacage établie au profit d'un particulier, nous croyons qu'elle n'empêche pas le propriétaire du fonds assujetti de se clore, lorsque cette clôture n'a pas pour résultat de diminuer et d'entraver la servitude de pacage. En cas de difficulté, la question devra être résolue entre les parties, par application du droit commun, en vertu de l'article 701.

935. — XI. *De la servitude de pressurage.*

Cette servitude consiste dans le droit d'user du pressoir d'autrui pour les récoltes provenant d'un fonds qui nous appartient.

Flaust (t. II, p. 893) remarque, à cet égard, fort justement, que lorsqu'un droit de ce genre a été retenu lors d'un partage au profit de l'un des lots sur l'autre lot, il n'est pas permis, en général, de pressurer des fruits autres que ceux provenant du fonds qui a fait l'objet du partage (comp. aussi Berault et Godefroy, sur l'article 353 de la coutume de Normandie, t. I, p. 671 et 672).

Nous avons vu aussi déjà qu'en cas pareil, les réparations du pressoir sont à la charge du propriétaire du fonds dominant et du propriétaire du fonds servant, en proportion du temps pendant lequel ils peuvent, de part et d'autre, en user (comp. *supra*, n° 888; Caen, 1re chambre, 16 déc. 1822, Febvrière; Caen, 2e chambre, 20 déc. 1823, Piron; Caen, 6 janv. 1841, Laurent; et 13 nov. 1841, Mistral, *Rec. de Caen*, t. V; p. 70 et 393; Caen, 23 janv. 1849, Humbert, Dev., 1849, II, 718).

Il est assez généralement d'usage d'établir la servitude de pressurage, de manière que le propriétaire du fonds dominant puisse se servir du pressoir une semaine sur cinq, et par suite de stipuler qu'il contribuera pour un cinquième aux réparations.

La Cour de Caen a jugé qu'il n'en résultait pas, pour le maître du pressoir, interdiction d'en louer l'usage à d'autres, mais que si par suite de la location qu'il en aurait faite, il y avait aggravation de dépenses, c'était à lui seul de supporter cet excédant. Et cette décision nous paraît très-juridique (1re chambre, 18 janv. 1842, Vautier).

Nous pouvons ajouter enfin que l'usage paraît être encore qu'un pressoir qui est grevé d'une servitude de pressurage, doit être ouvert dès le 1er septembre de chaque année (comp. Caen, 2e chambre, 14 janv. 1842, Hallais).

936. — XII. *De la servitude qui consiste dans le droit de prendre de la marne, de la pierre, du sable, du bois dans*

le fonds d'autrui; d'y faire cuire de la chaux pour l'engrais, la culture et l'amélioration de notre fonds, « calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ, lapidis eximendi. » (L. 1, § 1, L. 5, ff. *de Servit. præd. rust.*)

Ces sortes de servitudes sont celles qui présentent, avec les droits d'usage, le plus d'affinité; aussi en faut-il conclure qu'elles sont bornées, plus rigoureusement encore, s'il est possible, que toutes les autres, aux besoins du fonds dominant, *non ultra quam opus fuerit fundo dominanti* (comp. Cœpolla, tract. II, cap. x, n° 2; Lalaure, liv. I, chap. v, p. 26; Pothier, *Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 4; Solon, n°s 456, 457).

N° 4.

Des actions auxquelles les servitudes peuvent donner lieu.

SOMMAIRE.

937. — Des actions *confessoire* et *négatoire*.
938. — Les actions relatives aux servitudes peuvent être intentées : soit au possessoire, soit au pétitoire.
939. — A. Exposition.
940. — L'action possessoire est recevable pour toutes les servitudes dont la possession réunit les conditions requises par l'article 23 du Code de procédure; pour toutes celles-là, mais aussi rien que pour celles-là.
941. — Des servitudes continues et apparentes.
942. — Suite.
943. — Des servitudes continues non apparentes, et des servitudes discontinues apparentes ou non apparentes.
944. — Suite.
945. — Les servitudes discontinues peuvent-elles donner lieu aux actions possessoires, lorsqu'elles s'exercent en vertu d'un titre?
946. — Suite.
947. — Suite.
948. — Suite.
949. — Suite. — *Quid*, si le propriétaire du fonds servant a été chargé par le titre de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude?
950. — L'action possessoire serait-elle recevable pour les servitudes négatives non apparentes fondées sur un titre?
951. — L'action possessoire serait-elle recevable, si le titre, en vertu duquel est exercée la servitude discontinue, était émané *a non Domino?*
952. — La complainte serait-elle recevable, si on alléguait la possession

annale acquise, avant le Code, d'une servitude discontinue dans un pays où cette espèce de servitude pouvait s'acquérir par la prescription?

953. — La complainte serait, bien entendu, recevable, s'il s'agissait non pas d'une servitude discontinue, mais d'un droit de propriété.

954. — Application aux servitudes naturelles et légales, des principes, qui viennent d'être exposés. Réfutation d'une doctrine moderne sur ce sujet.

955. — La complainte n'est recevable qu'autant que celui qui la forme est en possession depuis une année au moins. — Application de cette règle aux servitudes discontinues.

956. — Celui, sur le fonds duquel une servitude est exercée, et qui prétend que cet exercice est un trouble à la liberté de son fonds, peut former aussi la complainte dans l'année du trouble. — Dans quels cas?

957. — B. Les servitudes peuvent évidemment aussi être l'objet d'actions pétitoires; mais, dans ce cas, à qui incombe le fardeau de la preuve, lorsque le propriétaire du fonds prétendu assujetti intente l'action pétitoire-négatoire, soit que celui qui exerce la servitude ait été maintenu au possessoire, soit que le demandeur, en agissant directement au pétitoire, ait lui-même ainsi reconnu sa possession?

958. — Par qui et contre qui peuvent être intentées les actions relatives aux servitudes?

959. — Suite. — *Quid*, si le fonds dominant ou le fonds servant appartient à plusieurs copropriétaires par indivis?

960. — Suite. — La chose jugée pour ou contre l'un des propriétaires, soit du fonds prétendu dominant, soit du fonds prétendu servant, serait-elle opposable aux autres copropriétaires?

937. — Celui qui a un droit de servitude, peut, bien entendu, agir en justice pour le faire reconnaître, *confiteri*, par le propriétaire du fonds prétendu assujetti qui en nierait l'existence; c'est l'action que les Romains avaient appelée *confessoire*.

Comme, pareillement, celui sur le fonds duquel une servitude est exercée et qui en nie l'existence, peut agir pour faire déclarer que cette servitude n'existe pas; c'était l'action *négatoire* (L. 2, princ., ff., *Si servit. vind.*).

Et il en est de même de part et d'autre, si l'existence d'une servitude étant reconnue, les deux propriétaires ne s'accordent pas sur le caractère, l'étendue et le mode d'exercice de cette servitude.

Les actions ne portent pas, chez nous, de dénomina-

tions spéciales; mais notre ancienne jurisprudence française ayant continué d'appeler *confessoires* et *négatoires*, les actions relatives aux servitudes (Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 11), il arrive encore aujourd'hui, dans la doctrine et dans la pratique, qu'on les désigne souvent sous ces noms.

Quoi qu'il en soit, les actions relatives aux servitudes sont évidemment des actions réelles immobilières; et elles sont, comme telles, soumises aux principes généraux qui gouvernent ces sortes d'actions, avec les modifications seulement que peut comporter le caractère particulier des servitudes.

938. — Ces actions peuvent être intentées de part et d'autre :

Soit au possessoire, lorsqu'elles réunissent les conditions requises à cet effet;

Soit au pétitoire.

939. — A. Les actions possessoires, en matière de servitudes, ont, dès longtemps, engendré à peu près les mêmes difficultés et les mêmes controverses que nous avons déjà rencontrées sur le mode d'établissement des servitudes par la prescription. Et cela est tout simple; car il existe, entre les actions possessoires et la prescription à l'effet d'acquérir, la plus intime affinité. Aussi, les principes que nous avons posés plus haut (n°s 765 et suiv.), sur le point de savoir quelles servitudes peuvent s'acquérir par la prescription, abrégeront et faciliteront ici beaucoup notre tâche sur la question de savoir quelles servitudes peuvent donner lieu aux actions possessoires.

940. — Le principe général, à cet égard, est posé par l'article 23 du Code de procédure, en ces termes :

« Les actions possessoires ne seront recevables qu'au-
« tant qu'elles auront été formées dans l'année du trou-
« ble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient
« en possession paisible, par eux ou les leurs, à titre
« non précaire. » (Comp. art. 2229 du Code Napoléon.)

Parmi les conditions que cet article exige, il en est une surtout qui, relativement aux servitudes, doit être l'objet d'une attention spéciale, c'est que la possession soit *à titre non précaire*, comme dit l'article 23 du Code de procédure, *à titre de propriétaire*, comme dit l'article 2229 du Code Napoléon.

L'action possessoire sera recevable pour toutes les servitudes dont la possession réunira les conditions requises par ces articles, et particulièrement la condition de *non précarité*.

Elle sera, disons-nous, recevable pour toutes celles-là, mais aussi rien que pour celles-là.

Telle est notre règle.

941. — Et d'abord, que les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes, puissent donner lieu à la complainte ou à la réintégrande, c'est la conséquence la plus naturelle de l'article 23 précité du Code de procédure.

D'une part, en effet, les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par la prescription, c'est-à-dire par la possession (art. 690, 2229);

Or, la possession à l'effet d'acquérir par prescription, doit réunir précisément les mêmes conditions que la possession à l'effet d'engendrer les actions possessoires; aussi est-ce une maxime ancienne, que les actions possessoires sont recevables pour toutes les choses prescriptibles (art. 23, C. procéd., et 2229, C. Napol.);

Donc, par cela même que les servitudes continues et apparentes sont susceptibles de s'acquérir par prescription, elles peuvent être aussi l'objet des actions possessoires.

D'autre part, la base de l'action possessoire, c'est une présomption de propriété qui milite en faveur de celui qui possède;

Or, celui qui possède une servitude continue et apparente, est présumé, du moins provisoirement, y avoir

droit, parce que cette possession, pouvant engendrer la prescription, n'est pas considérée comme à titre précaire;

Donc, il est recevable à exercer, en cas de trouble, l'action possessoire afin d'y être provisoirement maintenu ou réintégré (comp. Cass., 24 fév. 1808, Desrivières, Sirey, 1808, I, 493; Cass., 7 juin 1810, Sirey, 1810, I, 164; Cass., 1er mars 1815, Dieudonné, Sirey, 1815, I, 120; Cass., 13 juin 1842, Bouillé, Dev., 1843; I, 60; Cass., 20 déc. 1847, Chapelon, D., 1848, I, 13; Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 35, n° 2 et *Quest. de droit*, eod. verb., § 5; Henrion de Pansey, *Compét. des juges de paix*, chap. VI, *in fin.;* Pardessus, t. II, n° 325; Solon, n° 551; Toullier, t. II, n° 623; Garnier, *des Act. poss.*, p. 380; Belime, *de la Possess.*, n° 255).

942. — Ce n'est qu'exceptionnellement et dans des cas particuliers, qu'il pourrait arriver que l'action possessoire ne fût pas recevable pour une servitude continue et apparente; comme si, par exemple, il résultait d'un titre qui serait présenté, que celui qui demande à être maintenu ou réintégré dans sa possession, a reconnu que cette possession ne lui avait été accordée que par tolérance et à titre précaire (*supra*, n° 779 *ter*);

Ou encore si le juge reconnaissait, en fait, que la possession de pareille servitude n'aurait pas été publique (comp. Cass., 1er mars 1854, Eyssercq, *le Droit* du 2 mars 1854).

943. — Par une conséquence également toute naturelle, en sens inverse de l'article 23 du Code de procédure, il faut dire que l'action possessoire n'est pas, au contraire, recevable à l'égard des servitudes continues non apparentes et des servitudes discontinues (art. 691); car la possession en est toujours présumée à titre précaire (comp. Cass., 21 oct. 1807, Joffrenot, D., 1807, I, 505; Cass., 23 nov. 1808, D., 1808, I, 458; Cass., 13 août 1810, Delpy, D., 1810, I, 408; Cass., 28 févr.

1814, Kellermann, D., 1814, I, 186 ; Cass., 2 fév. 1820, Tarnier, D., 1820, I, 138; Cass., 20 mars 1827, de Beauffres, D., 1827, I, 179; Cass., 22 nov. 1830, Hab. de Rieux, D., 1831, I, 13; Cass., 17 déc. 1862, Poiroux, Dev., 1863, I, 77 ; Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 35; Pardessus, t. II, n° 324; Solon, n° 551, Thomines-Desmazures, *de la Procéd. civ.*, t. I, n° 45; Curasson, p. 318).

944. — Et il n'y a pas lieu de distinguer, relativement à la servitude discontinue, si elle est apparente ou non apparente; l'article 691 est, à cet égard, formel.

L'action possessoire ne serait donc pas recevable, lors même que la servitude discontinue se révélerait par des travaux extérieurs, tels qu'un chemin tracé ou une porte pour un passage, ou un escalier pour une servitude de puisage, etc. (comp. *supra*, n° 771 ; Cass., 21 oct. 1807, Joffrenot, D., 1807, I, 505; Cass., 20 mars 1827, de Beauffres, D., 1827, I, 179; Cass., 9 mars 1846, Accloque, Dev., 1846, I, 307; Cass., 10 déc. 1862, Payard, Dev., 1863, I, 77 ; Cass., 26 juin 1867, Weil-Picart, *le Droit* du 27 juin 1867; Carré, *des Just. de paix*, n° 1416; *voy.* toutefois Daviel, t. II, n° 970; Poncet, *des Actions*, n° 97).

945. — Mais les servitudes discontinues peuvent-elles donner lieu aux actions possessoires, lorsqu'elles s'exercent en vertu d'un titre?

Non, a-t-on répondu :

1° Parce que si les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par la prescription, c'est qu'elles ne sont pas susceptibles d'une vraie possession, et particulièrement de cette possession continue qui est requise à l'effet de prescrire ; or le titre ne fait pas que la possession de ces sortes de servitudes ait davantage ce caractère ;

2° Parce que, aux termes de l'article 25 du Code de procédure, le possessoire et le pétitoire ne doivent jamais être cumulés, et que cette maxime serait violée si le juge de paix examinait et appréciait le titre en vertu duquel

la servitude est exercée (comp. Duranton, t. V, n° 640; *Revue critique de législ.*, t. III, p. 340 et 926, et t. IV, p. 188, articles de MM. Dorlencourt et Louis Le Gros).

Et de ces motifs on a conclu : soit que le juge de paix doit se déclarer incompétent et se dessaisir; soit du moins qu'il doit surseoir seulement, sans se dessaisir, et renvoyer les parties au pétitoire, pour faire juger la question préalable de la validité du titre (comp. Belime, *de la Possession*, n°s 447 et suiv.).

Mais cette doctrine ne nous paraît pas devoir être admise; elle avait été rejetée déjà dans notre ancien droit, sous un régime pourtant, qui se montrait presque partout très-défavorable à l'acquisition des servitudes par la seule possession; et dès cette époque, les auteurs les plus exacts enseignaient que la jouissance d'une servitude, en vertu d'un titre, pouvait donner lieu à l'action possessoire (comp. Pothier, *de la Possession*, n° 90, et *de la Procéd. civ.*, chap. III, § 2; Dunod, *des Prescrip.*, part. III, chap. VI, p. 293).

A plus forte raison, doit-on le décider ainsi sous notre droit nouveau.

D'une part, en effet, nous avons établi que si les servitudes *discontinues*, d'après l'article 688, ne peuvent pas s'acquérir par prescription, ce n'est nullement parce que la possession n'en serait pas *continue*, d'après l'article 2229; c'est uniquement parce que la possession en est présumée précaire et de simple tolérance (*supra*, n° 786); or, précisément, le titre efface ce vice de tolérance et de précarité;

D'autre part, l'objection qui consiste à dire que le juge de paix, s'il se livrait à l'examen du titre, cumulerait le possessoire et le pétitoire, n'est pas mieux fondée; car ce n'est pas seulement sur le fait matériel de la possession que le juge de paix doit prononcer; la possession sur laquelle il doit faire droit, c'est au contraire, d'après le texte même de l'article 23 du Code de procédure, la pos-

session civile; or, la question de savoir si la possession réunit les conditions exigées à cet effet, et particulièrement si elle est non précaire, cette question dépend de l'appréciation du titre sur lequel cette possession est fondée; donc, le juge de paix a nécessairement le droit et le devoir d'apprécier le caractère et le mérite du titre dans ses rapports avec la possession, sur laquelle il doit statuer.

Et la circonstance que le titre produit par l'une des parties serait contesté par l'autre, ne saurait modifier ce principe; car il ne peut pas dépendre des parties ou de l'une d'elles, de changer l'ordre des juridictions et de modifier la compétence du juge de paix (comp. Cass., 4 avril 1866, Valade, Dev. 1867, I, 291).

Il est vrai que la loi du 25 mai 1838 décide que les juges de paix ne connaissent des indemnités réclamées par le locataire ou fermier, etc., que *lorsque le droit à une indemnité n'est pas contesté* (art. 4, n° 1; ajout. art. 3, procéd.); des actions pour dommages faits aux champs, etc., et de celles relatives à l'élagage des arbres ou haies, etc., que *lorsque les droits de propriété ou de servitudes ne sont pas contestés* (art. 5; n° 1); des actions en bornage et de celles relatives à la distance prescrite pour les plantations d'arbres ou de haies, *que lorsque la propriété ou les titres ne sont pas contestés* (art. 6, n° 2).

D'où le savant auteur du traité *de la Possession* (Belime) conclut qu'ils ne peuvent également connaître des actions possessoires relatives aux servitudes discontinues fondées en titre, que lorsque le titre n'est pas contesté (n° 448).

Mais, précisément, il est à remarquer que cette formule restrictive ne se trouve dans aucun des textes de loi qui attribuent aux juges de paix la connaissance des actions possessoires (comp. art. 3, procéd.; et art. 6, n° 1, de la loi du 25 mai 1838).

Cette différence témoigne que le législateur a voulu que les juges de paix fussent toujours compétents pour statuer sur les actions possessoires; et, en effet, les prin-

cipes veulent aussi que la question de possession soit tranchée en elle-même, indépendamment du fond du droit.

Concluons donc que le juge de paix doit alors nécessairement, sans se dessaisir ni surseoir, statuer sur l'action possessoire, l'admettre ou la rejeter, après avoir apprécié le caractère de la possession d'après les titres, tous moyens d'ailleurs étant réservés aux parties, sur la validité et le mérite de ces titres au pétitoire, quant à la question du fond.

Cette doctrine, qui nous paraît conforme aux principes, a aussi le grand avantage, dans la pratique, de maintenir l'effet du titre et de prévenir ainsi les difficultés mal fondées de la part de celui qui l'a consenti (comp. Cass., 17 mai 1820, Clavier, Sirey, 1820, I, 273; Cass., 25 juill. 1837, la ville de Grasse, Dev., 1837, I, 885; Cass., 24 juill. 1839, Dadé, Dev., 1839, I, 861; Cass., 6 juin 1848, comm. de Gorges, Dev., 1848, I, 569; Cass., 6 déc. 1853, Massabuau, Dev., 1854, I, 793; Cass., 27 mars 1866, Faidy, Dev., 1866, I, 215; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Servit.*, § 6; Henrion de Pansey, chap. LI; Toullier, t. II, n°s 715, 716; Duranton, t. V, n° 638; Pardessus, t. II, n° 325, et note *m*, p. 396; Solon, n°s 553 et 567; Curasson, t. II, p. 239; Carou, n°s 310 et 685; Carré, t. II, n° 1411; Aulanier, n° 116; Molitor, *de la Possession*, p. 177).

946. — Il faut convenir toutefois que cette doctrine est susceptible, dans son application, de difficultés assez graves; et les dissidences qui existent, sous ce rapport, entre ses partisans, sont assurément un argument de plus encore pour ses adversaires.

En ce qui nous concerne, la règle générale nous paraît être que l'action possessoire est recevable relativement à une servitude discontinue, lorsque la possession est fondée sur un titre émané du propriétaire du fonds servan ou de ses auteurs.

Mais voilà que l'on prétend que ce titre est prescrit (comp. Cass., 8 mai 1828, Clément, Dev., 1838, I, 408);

Ou bien, qu'il a été consenti, au nom du propriétaire, par un individu dont le mandat n'était pas suffisant à cet effet (comp. art. 1988; Cass., 24 juill. 1839, Dadé, Dev., 1839, I, 861);

Ou encore, que le propriétaire qui l'a lui-même consenti, était incapable, mineur ou interdit, ou que son consentement a été entaché d'erreur, de dol ou de violence;

Ou que le titre par lui consenti est nul pour vice de forme.

Est-ce donc qu'il faut que le juge de paix décide préalablement ces différentes questions, pour statuer ensuite sur l'action possessoire?

Qu'il les décide? Oh! non, sans doute; car il n'est pas le juge du fond; et il ne doit pas connaître du pétitoire; mais il lui appartient du moins de les apprécier dans leur rapport avec la possession sur laquelle il doit statuer, afin d'en déterminer le caractère :

« Attendu (dit la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 8 mai 1838) que de cette nécessité ne résultent pas, pour le juge du possessoire, le droit et l'obligation de prononcer sur la validité du titre relativement au fond du droit; de se livrer à des instructions longues et dispendieuses pour écarter ou admettre les objections proposées contre le titre; qu'il suffit de reconnaître la régularité du titre, d'en apprécier la portée, de le prendre, s'il y a lieu, pour point de départ, afin de déterminer le véritable caractère de la possession, tous les droits des parties demeurant réservés au pétitoire.... »

Et d'après ce principe, nous croyons qu'en général il y aura lieu de déclarer l'action possessoire recevable :

Dans le cas même où le titre sur lequel la possession reposerait, serait attaqué comme prescrit; car la possession est précisément exclusive de la prescription;

Dans le cas où il serait attaqué pour cause d'incapacité ou d'un vice quelconque de consentement; car le titre alors n'est pas nul; il est seulement annulable (comp. art. 225, 1117, 1125, 1308, 1338; d'Argentré, sur l'article 382 de la coutume de Paris, gloss. 1, n° 25; Loysel, *Instit. cout.*, liv. III, tit. v, n° 9, *voy.* toutefois Belime, n°s 458, 459);

Dans le cas où il serait attaqué pour vice de forme; car s'il est vrai qu'aux termes de l'article 2267, le titre nul pour vice de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, il s'agit, dans cet article, d'apprécier, au fond, la question de nullité ou de validité du titre; tandis que le juge de paix n'a qu'à apprécier sa régularité extérieure et apparente; et, à moins que le titre ne fût évidemment informe, nous croirions que l'action possessoire serait recevable (*voy.* notre tome IX, n° 608).

Quant au cas où l'on soutiendrait que le titre a été consenti au nom du propriétaire, par un individu sans pouvoir suffisant, c'est encore, suivant les circonstances, eu égard au caractère de la procuration, et au doute plus ou moins sérieux qui peut en naître sous ce rapport, que le juge de paix devrait prononcer.

Mais si le titre produit était seulement sous signature privée, non reconnue ni tenue pour reconnue, il ne rendrait pas, suivant nous, recevable l'action possessoire; car ce titre n'en serait pas un, vis-à-vis du propriétaire du fonds prétendu servant, qui en méconnaîtrait l'écriture et la signature (art. 1322); et il est clair que le juge de paix, pas plus qu'un tribunal de commerce, ne serait compétent pour faire procéder devant lui à la vérification (arg. de l'article 427, procéd.; comp. Duranton, t. V, n° 639).

947. — De ce qui précède, il résulte que l'action possessoire doit être également admise pour les servitudes discontinues qui se manifestent par un signe apparent,

s'il est prouvé que les deux fonds ont été réunis dans la même main, et que le contrat par l'effet duquel ils ont été divisés, ne contient aucune convention relative à la servitude; car il y a *titre* alors dans l'article 694 (comp. Cass., 2 mars 1820, Lecornu, Sirey, 1820, I, 243; Merlin, *Répert.*, v° *Servit.*, § 19, n° 2; Pardessus, t. II, n°s 239 et 300; Curasson, p. 336, Solon, n° 389; Belime, n° 264; Joccoton, n° 210; *voy.* pourtant Carou, n° 144).

A plus forte raison en serait-il de même, si l'existence de la servitude était avouée par le propriétaire du fonds assujetti, et que la contestation n'existât que sur l'endroit par lequel il est permis de l'exercer.

948. — Dans le cas d'aveu de la part du propriétaire du fonds servant, comme dans tous les cas où il y a un titre émané de lui ou de ses auteurs, la présomption de précarité n'existant plus, l'action possessoire est recevable pour faire maintenir celui qui exerce depuis plus d'un an la servitude par un certain endroit, dans la possession où il est de l'exercer par cet endroit (comp. Cass., 7 mai 1829, Maison du roi, D., 1829, I, 128; Cass., 9 mai 1831, Delahaye, D., 1331, I, 95; Pardessus, t. II, n° 325).

949. — Et puisque nous avons reconnu (*supra*, n° 880) que l'obligation qui peut être imposée au propriétaire du fonds servant de faire, à ses frais, les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, constitue elle-même une charge réelle accessoire de la servitude principale, il nous semble que la conséquence doit en être également qu'elle peut donner lieu à une action possessoire de la part du propriétaire du fonds dominant contre le propriétaire du fonds servant, qui, après avoir établi d'abord les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, se refuserait à faire les travaux d'entretien nécessaires, à paver, par exemple, le chemin, ou qui laisserait l'aqueduc ou le canal se remplir de vase et s'en-

gorger; car cette servitude accessoire est fondée sur un titre (art. 698).

950. — Mais l'action possessoire est-elle recevable même pour les servitudes négatives non apparentes, comme celles de ne pas bâtir, de ne pas planter, lorsque le demandeur invoque un titre constitutif de la servitude émané du propriétaire qui veut construire ou planter;

Belime (n° 265) a enseigné la négative, par le motif que ces sortes de servitudes ne sont susceptibles d'aucune possession, et que par conséquent, en cas pareil, le juge de paix ne pourrait juger que d'après le titre; ce qui lui est interdit par la loi. Et tel est aussi le sentiment de M. Molitor (*de la Possession*, p. 178; comp. Cass., 26 déc. 1865, Ville de Perpignan, Dev., 1866, I, 65; et le Rapport de M. le conseiller Calmètes, *h. l.*).

Nous croirions plutôt que, dans cette hypothèse même, l'action possessoire serait recevable : la possession, en matière de choses incorporelles; c'est la jouissance du droit (art. 2228); or, est-ce que cette jouissance ne résulte pas ici de l'absence de toute construction ou plantation sur le fonds prétendu servant, c'est-à-dire de ce fait, que la situation respective des héritages est conforme au titre constitutif de la servitude? Est-ce que celui qui produit ce titre, n'est pas en possession de la servitude qui en résulte à son profit, par cela même que l'état des lieux lui permet de l'exercer de la seule manière dont elle puisse être exercée? Ce n'est donc pas seulement sur le titre que le juge de paix est alors appelé à statuer; c'est sur la possession elle-même, qu'il a en conformité de ce titre, d'après la situation des lieux. Et notez que nous supposons toujours, bien entendu, que le titre est émané *a domino!* Il nous semble donc que la provision serait due à ce titre contre tout nouvel œuvre qui troublerait celui qui l'invoque dans la jouissance qu'il a de la servitude.

C'est par application de ces principes que l'action possessoire est recevable même à raison d'une servitude qui n'est pas susceptible d'une possession matérielle; et spécialement que celui auquel un titre confère le droit de faire maintenir en état de non-culture une partie de l'héritage qui joint sa propriété, est en possession de ce droit par cela seul que l'état de non-culture existe (comp. Cass., 15 févr. 1841, Dumont, Dev., 1841, I, 193).

931. — Nous avons toujours supposé jusqu'à présent, que le titre sur lequel était fondée la possession d'une servitude discontinue, émanait du propriétaire du fonds sur lequel la servitude était exercée.

L'action possessoire serait-elle également recevable, si le titre était émané *a non domino?*

L'affirmative a des partisans d'une grande autorité; et voici en quels termes Demante s'exprime à cet égard :

« Je n'entends pas dire que le titre émané d'une personne sans qualité pour établir le droit, soit sans valeur pour constituer une possession légale des servitudes, même discontinues ou non apparentes; car le titre enlevant à la jouissance le caractère de précarité, cela doit suffire pour fonder, aux termes de l'article 23 du Code de procédure, l'exercice de l'action possessoire...; le titre, que je considère comme suffisant pour faire cesser le vice de précarité et pour fonder, en conséquence, l'exercice de l'action possessoire, pourrait émaner, soit du possesseur du fonds prétendu servant, qui aurait donné ou vendu une servitude sur ce fonds, soit du vendeur ou donateur du fonds prétendu dominant, qui aurait annoncé l'existence de la servitude active. Dans l'un comme dans l'autre cas, selon moi, il y a eu vente ou donation de la servitude qui dès lors aura été possédée *ex justa causa.* » (T. II, n° 546 *bis*, III et IV; comp. Cass., 17 janv. 1843, de La Ronde, Dev., 1843, I, 412.)

Cette doctrine, toutefois, nous paraît fort contestable :

Et d'abord, il serait impossible de l'admettre dans le

cas d'un titre émané *du vendeur ou donateur du fonds prétendu dominant;* car ce prétendu titre n'est ni constitutif ni récognitif de la servitude, mais seulement énonciatif; et la vérité est qu'il n'y a, dans ce cas, aucun titre à l'encontre du propriétaire du fonds prétendu servant (arg. de l'article 695; comp. Cass., 16 juill. 1839, Lée, Dev., 1849, I, 545; *supra*, n° 782).

Mais nous penserions même, plus généralement, que l'action possessoire ne serait pas recevable pour les servitudes discontinues, en vertu d'un titre coloré émané *a non domino*, c'est-à-dire de celui qui passait pour être le propriétaire du fonds prétendu assujetti. Nous avons, en effet, établi plus haut que ce titre ne rendait pas ces sortes de servitudes prescriptibles; or, si elles ne sont pas prescriptibles, même en vertu d'un titre coloré, c'est que la possession ne cesse pas d'en être précaire, à l'encontre du véritable propriétaire; et si elle est précaire, vis-à-vis de lui, relativement à l'acquisition par prescription, comment ne le serait-elle pas aussi vis-à-vis de lui, relativement à l'exercice des actions possessoires,

En conséquence, pour notre part, nous n'admettrions pas l'action possessoire, par cela même que nous n'avons pas admis l'acquisition par prescription :

Ni dans le cas d'un titre émané *a non domino;*

Ni dans le cas d'un acte contradictoire signifié au propriétaire du fonds prétendu assujetti (comp. Pardessus, t. II, n°s 276 et 324) ;

Ni même dans le concours de ces deux circonstances, c'est-à-dire d'un titre coloré signifié contradictoirement au propriétaire du fonds prétendu assujetti (*supra*, n°s 787 et suiv.).

952. — Delvincourt a enseigné que la complainte serait recevable, *si l'on alléguait la possession annale acquise, avant le Code, d'une servitude discontinue, dans un pays où cette espèce de servitude pouvait s'acquérir par la prescription* (arg. de l'article 691 ; t. I, p. 572, note 6).

Mais cette doctrine n'a pas été suivie; et elle ne pouvait pas l'être; car la simple possession annale, antérieure au Code, encore bien qu'elle eût été continuée depuis, n'était pas suffisante pour faire acquérir la servitude; il aurait fallu que cette possession eût été immémoriale, dès avant la publication du Code; or, d'une part, le juge de paix ne pourrait alors statuer qu'en tranchant cette question de prescription, c'est-à-dire en décidant une question de propriété et non pas une question de possession; et d'autre part, il serait évidemment impossible que le juge du possessoire ouvrît une enquête sur des faits de possession tellement anciens, que la preuve en est devenue maintenant impossible (comp. art. 23 et 25, procéd.).

La complainte ne serait donc, en pareil cas, admissible qu'autant que celui par lequel elle serait exercée, représenterait un jugement ou un titre quelconque, duquel il résulterait que la servitude était déjà acquise, avant la publication du Code, par une possession immémoriale (comp. *supra*, n° 800; Cass., 13 août 1810, Delpy, Sirey, 1810, I, 333; Cass., 10 févr. 1812, Veltenet, Sirey, 1813, I, 3; Cass., 17 févr. 1813, Cazenal, D., *Rec. alph.*, v° *Servit.*, t. XII, p. 73; Cass., 3 oct. 1814, Bertrand, Sirey, 1815, I, 145; Cass., 2 juill. 1823, Obert, Sirey, 1823, I, 430; Pardessus, t. II, n° 342; Duranton, t. V, n°s 634-638; Henrion de Pansey, *Compét. des juges de paix*, chap. XLIII, § 7; Poncet, *des Actions*, n° 96; Belime, n° 263).

953. — Il est bien entendu d'ailleurs qu'en déclarant que la complainte n'est pas recevable pour les servitudes discontinues, qui ne sont pas fondées en titre, nous n'avons entendu parler, en effet, que des droits de servitude.

Cette solution ne serait donc pas applicable au cas où la complainte serait exercée à raison d'un droit de propriété, comme si, par exemple, celui qui est en posses-

sion de passer par un chemin, ou de puiser de l'eau à une source, prétendait avoir la propriété ou la copropriété du chemin ou du puits.

Seulement, nous avons déjà dit combien cette distinction est délicate et tout ce qu'elle demande d'attention. Il faut alors, avant tout, que l'objet de la contestation soit bien déterminé; et il n'est pas douteux que le juge de paix peut exiger que la partie complaignante déclare nettement quelle est l'espèce de droit, qu'elle a entendu exercer (comp. *supra*, n°s 672, 673; Cass., 9 nov 1825, Jourdan, D., 1826, I, 101; Cass., 4 mars 1828, Ugnon, D. 1828, I, 161; Cass., 20 mai 1828, Descoins, D., 1828, I, 273; Cass., 27 août 1829, de Radepont, D., 1829, I, 348; Cass., 16 mai 1830, Jousse, D., 1830, I, 168; Cass., 8 janv. 1835, Delavaud, D., 1835, I, 86; Cass., 17 juill. 1837, Faure, Dev., 1838, I, 73; Cass., 21 mars 1841, Garnier, Dev., 1841, I, 356; Pardessus, t. II, n°s 325 et 326).

954. — En appliquant aux servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux ou des dispositions de la loi, les principes que nous venons d'exposer relativement aux servitudes établies par le fait de l'homme, il est clair que l'action possessoire est recevable pour les servitudes dites naturelles et légales, non-seulement lorsqu'elles sont continues et apparentes, mais alors même qu'elles ne réuniraient pas ce double caractère; car elles sont toujours fondées sur un titre; et ce titre, le plus puissant de tous, c'est la loi elle-même qui le consacre!

Aussi, avons-nous déjà, par avance, fait l'application de ces principes aux unes et aux autres (*supra*, art. 643, 682; ajout. Cass., 5 févr. 1855, Ponson, D., 1855, I, 169; Cass., 5 janv. 1857, Marcel, D., 1858, I, 112).

On a toutefois soutenu, à cet égard, qu'en cas d'opposition à l'exercice des servitudes naturelles ou légales, ce qu'il faut prouver, ce n'est ni la possession ni la propriété de la servitude, mais uniquement la possession ou

la propriété du fonds lui-même, dont ces servitudes ne sont que des attributs et des manières d'être.

On a dit :

Dans les actions possessoires relatives aux héritages eux-mêmes, c'est, bien entendu, la possession annale, à titre non précaire, de l'héritage qui doit être prouvée ;

Or, les actions possessoires, relatives aux servitudes dites naturelles et légales, ne sont, en réalité, relatives qu'à l'héritage lui-même, puisque ces prétendues servitudes sont des dépendances de la propriété de ces héritages.

Donc, il ne peut y avoir lieu, dans ce cas, qu'à la preuve de la possession annale à titre non précaire de l'héritage lui-même, à l'égard duquel la complainte est exercée (comp. Crémieux, *des Act. possess.*, n° 343; et Alauzet, p. 29).

Cette thèse nous paraît tout à fait inexacte.

Sans doute il peut arriver souvent que l'action possessoire pour une servitude naturelle ou légale, ne soulève pas une question distincte de la possession de l'héritage lui-même, et que le trouble qui y aura donné lieu, constitue véritablement une atteinte à un droit de propriété plutôt qu'à un droit de servitude (*supra*, n°s 8 et suiv.).

Mais il y aurait une exagération évidente à prétendre que les servitudes naturelles et légales ne peuvent point être, par elles-mêmes, l'objet d'actions possessoires distinctes de celles qui auraient pour objet la possession de l'héritage ; car il en résulterait que celui auquel on ne contesterait ni la propriété ni la possession de l'héritage, ne pourrait agir qu'au pétitoire, s'il était troublé dans l'exercice de l'un des droits qui constituent les servitudes naturelles et légales.

Or, cette conséquence est inadmissible, par deux motifs :

1° Parce que les attributs du droit de propriété, que

notre Code a qualifiés du nom de servitudes naturelles et légales, peuvent avoir été modifiés, augmentés ou diminués, et même tout à fait supprimés dans l'un des fonds pour l'utilité d'un autre fonds;

2° Parce que, indépendamment même de toute modification apportée, par le fait de l'homme, dans l'exercice des servitudes naturelles et légales, ces servitudes peuvent s'exercer en fait, de différentes manières, par un endroit plutôt que par un autre, avec tel ou tel mode, et que la manière de les exercer étant déterminée par la possession, il y a lieu de considérer comme trouble pouvant donner lieu à la complainte, tout obstacle à leur exercice tel qu'il résulte de la possession (comp. Pardessus, t. II, n° 326; Belime, n° 246 *bis* et 262; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 89, note 6.)

955. — La complainte en matière de servitudes n'est d'ailleurs recevable, suivant le droit commun, qu'autant que celui qui la forme, est en possession depuis une année au moins (art. 23, procéd.).

D'où il nous semble résulter que lorsque la servitude est discontinue, régulièrement, il faut que le complaignant, outre la production d'un titre, qu'il est tenu de faire, justifie qu'il l'a exercée dans l'année qui précède son action (comp. L. 1, § 2, ff., *De itinere actuque priv.*; Cass., 24 juillet 1810, Carteret, Sirey, 1810, I, 334; Cass., 2 févr. 1820, Tarnier, Sirey, 1820, I, 124; Henrion de Pansey, *de la Comp. des juges de Paix*, chap. XLIII, § 6; Pardessus, t. II, n° 325).

En disant : dans l'année qui précède son action, nous supposons qu'il s'agit d'une servitude de nature à s'exercer effectivement dans l'annee.

Mais si, au contraire, la servitude n'était pas de nature à s'exercer tous les ans, il suffirait de justifier que l'exercice en a eu lieu la dernière fois qu'il a été possible, lors même que les faits de possession remonteraient à plusieurs années, et même à un très-grand nombre d'an-

nées en arrière; car cette possession alors serait réputée durer toujours (comp. *supra*, n° 786; Cass., 4 juill. 1838, Davy Dev., 1838, I, 882; Cass., 3 juin 1839 comm. de Flamanville, Dev., 1839, I, 621; d'Argentré, sur l'article 106 de la cout. de Bretagne, gloss. 2, p. 453, 456; Nouveau Denizart, v° *Complainte*, § 2, n° 3; Thomine-Desmasures, t. I, p. 92; Chauveau, p. 107, *in fine*).

956. — Dans ce qui précède, nous avons toujours supposé que l'action possessoire était formée par celui qui exerçait une servitude sur le fonds d'un autre, afin de faire cesser le trouble qui était apporté à sa possession.

Il est clair que celui sur le fonds duquel une servitude est exercée, et qui prétend que cet exercice est un trouble à la liberté de son fonds, peut former aussi la complainte dans l'année du trouble (art. 23).

Et même, de son côté, il n'y a pas à distinguer si la servitude, contre l'exercice de laquelle il réclame, est continue ou discontinue, apparente ou non apparente; car il invoque la liberté de son héritage; et quel que soit le caractère des faits par lesquels il y a été porté atteinte, sa complainte est évidemment recevable (Henrion de Pansey, *de la Comp. des juges de paix*, chap. XLIII, § 6; Pardessus, t. II, n° 325; Duranton, t. V, n° 642; Belime, n° 316; Garnier, p. 327; Poncet, *des Actions*, n° 122).

Le propriétaire, qui réclame contre la servitude qui est exercée sur son héritage, peut soutenir d'ailleurs; soit que cette servitude n'a jamais existé; soit, en reconnaissant son existence, qu'elle a été aggravée dans son exercice; soit enfin qu'elle est éteinte par le non-usage ou autrement (comp. L. 4, § 8; L. 8, § 1; L. 9 et 16, ff., *si Servit. vindic.*).

Dans ce dernier cas, toutefois, nous croyons que le possesseur de la servitude devrait être, en général, maintenu, s'il s'agissait d'un servitude continue et apparente,

ou même d'une servitude discontinue, pour laquelle le défendeur invoquerait à la fois un titre et la possession annale, sauf au demandeur à prouver au pétitoire l'extinction de la servitude. Il n'en serait autrement qu'autant qu'il résulterait d'un titre ou de toute autre preuve que la servitude, en effet, quoiqu'elle ait toujours été exercée en fait, n'existe réellement plus et que cet exercice désormais n'en a plus lieu qu'à titre précaire (comp. Pardessus, t. II, n° 325).

957. — B. Les servitudes peuvent être aussi, bien entendu, l'objet d'actions pétitoires; et nous avons dit qu'elles étaient, sous ce rapport, soumises aux règles générales du droit, qui gouvernent l'exercice des actions réelles immobilières.

Nous nous trouvons toutefois ici en face d'une difficulté spéciale à la matière des servitudes.

Il s'agit de savoir à laquelle des parties incombe le fardeau de la preuve, lorsque le propriétaire du fonds prétendu assujetti intente l'action pétitoire négatoire, soit que celui qui exerce la servitude ait été maintenu au possessoire, soit que le demandeur, en agissant directement au pétitoire, ait lui-même reconnu ainsi sa possession.

Est-ce au propriétaire demandeur au pétitoire à établir que son héritage est franc de la servitude?

Est-ce, au contraire, au défendeur, à prouver que la servitude existe?

Cette question était déjà anciennement fort controversée.

Dans l'intérêt du défendeur, on invoquait un fragment d'Ulpien (L. 8, § 3, ff., *si Servit. vindic.*), duquel il paraît bien résulter, en effet, que s'il y a possession, le jurisconsulte romain met la preuve à la charge de celui qui nie la servitude; et cette doctrine avait été adoptée par plusieurs auteurs (comp. Heineccius, *Elem. juris*, n° 1137; Guy-Pape, quest. 38; Dunod, *des Prescrip.*, IIIe part., p. 293). Mais d'autres auteurs, en plus grand nombre, professaient la doctrine opposée, qui était en outre suivie

dans la pratique judiciaire, *quia possessio,* disait Dumoulin, *non relevat ab onere probandi in servitute reali* (sur la cout. de Paris, § 2, gloss. 6, n° 4; Brunneman, sur la loi 1 au Code de *Servit. et aqua,* Mascardus, *De probat.*, n° 1306; d'Argentré, art. 59, gloss. 5, n° 3).

Les mêmes dissidences existent encore aujourd'hui.

Pour soutenir que celui qui a été maintenu en possession de la servitude, n'a pas à prouver, au pétitoire, que cette servitude existe, on dit :

1° Que de même que la maintenue dans la possession de l'héritage fait présumer la propriété de cet héritage, de même la maintenue dans la possession d'une servitude doit faire présumer l'existence de cette servitude;

2° Que s'il en était autrement, la maintenue dans la possession de la servitude serait véritablement dérisoire, et qu'il est impossible d'admettre que le législateur, qui autorise les actions possessoires en matière de servitudes, ait voulu néanmoins n'attacher à cette possession, légalement reconnue, aucune espèce d'effet ni d'utilité!

D'où l'on conclut que le possesseur annal de la servitude n'a rien à prouver, et que c'est au propriétaire, qui forme l'action pétitoire négatoire, à établir que la servitude n'existe pas.

Il importe de remarquer, toutefois, que cette conclusion n'est pas également enseignée en termes absolus, par tous les partisans de cette doctrine, qui se divisent, au contraire, sur ce point :

Les uns l'appliquant, en effet, d'une manière absolue, à toutes les servitudes, soit continues et apparentes, soit même discontinues, apparentes ou non apparentes, lorsque la possession en est fondée sur un titre;

Les autres, en plus grand nombre, distinguant entre les servitudes continues et apparentes, et les servitudes discontinues, pour ne dispenser du fardeau de la preuve que le possesseur annal des premières qui, seules, peuvent s'acquérir par la possession (comp. Limoges, 15 fé-

vrier 1837, Poral, Dev., 1838, II, 171; Limoges, 20 nov. 1843, Faure, Dev., 1844, II, 158; Delvincourt, t. I, p. 164, note 6: Pardessus, t. II, n° 330, p. 284 et suiv., et p. 397, note *m*; Duranton, t. V, n° 641; Taulier, t. II, p. 442).

Nous croyons, pour notre part, que dans tous les cas, et lors même qu'il s'agit de servitudes continues et apparentes, c'est le possesseur, quoique maintenu au possessoire, qui doit prouver, au pétitoire, que la servitude qu'il exerce, est régulièrement acquise à son fonds :

1° La règle générale est que tous les héritages sont libres et présumés tels; et cette présomption est une preuve toute faite au profit de celui qui intente l'action négatoire;

Or, ce que celui qui a été maintenu au possessoire, soutient à présent au pétitoire, c'est qu'il a acquis un droit de servitude;

Donc, il devient, à son tour, demandeur dans son exception, *reus excipiendo fit actor;* donc, c'est à lui d'établir qu'il a en effet acquis la servitude.

2° On objecte que la possession annale, qui fait présumer la propriété, doit faire présumer aussi l'existence légitime de la servitude.

La réponse est très-simple.

Aux termes de l'article 1350, la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; or, aucune loi n'attache à la possession annale ni au jugement de maintenue au possessoire, une présomption quelconque de propriété ou de droit de servitude; donc, cette présomption n'existe pas. Il est vrai que l'on se sert souvent, et depuis fort longtemps, de cette formule que la possession annale fait presumer la propriété (Pothier, *de la Possession,* n° 83); mais l'argument qui précède, démontre assez qu'il faut se garder de la prendre trop à la lettre; tout ce qui en résulte, c'est que celui qui a été maintenu au posses-

soire, conserve la possession et joue le rôle de défendeur autant que le comporte la nature du débat, et sans aucun préjudice des présomptions légales, qui, au pétitoire, peuvent militer en faveur du demandeur (*supra*, n° 346).

3° Et la vérité est que la loi n'aurait pas pu, sans contradiction et sans inconséquence, fonder sur le simple fait d'une possession annale, une telle présomption de propriété du droit lui-même.

Que prouve, en effet, la possession annale? que *depuis une année, au moins*, celui qui a été maintenu, possède la servitude en question (art. 23, procéd.);

Or, les servitudes ne s'acquièrent point par une simple possession d'une année; elles ne peuvent s'établir que par une possession de trente ans, par un titre, ou par la destination du père de famille;

Donc, ce n'est rien prouver au pétitoire, que d'invoquer seulement la possession annale.

4° La distinction qui est faite, à cet égard, par la plupart des partisans de la doctrine que nous combattons, entre les servitudes continues et apparentes et les autres, cette distinction nous paraît elle-même démontrer le vice de la doctrine tout entière.

Pardessus convient que, s'il s'agit d'une servitude discontinue, *l'effet de la maintenue au possessoire ne sera point de dispenser le possesseur de prouver la propriété du droit devant les juges du pétitoire; qu'elle ne changera rien au principe que quiconque réclame un droit pour l'établissement duquel la loi exige un écrit, doit le produire et en justifier la validité* (t. II, n° 325);

Or, de même que la loi exige *un écrit pour l'établissement d'une servitude discontinue* (art. 691), elle exige une possession de trente ans pour l'établissement des servitudes continues et apparentes (art. 690);

Donc, d'après le principe même de Pardessus, l'effet de la maintenue au possessoire, qui n'est pas de dispenser de produire le titre nécessaire pour l'établissement de la

servitude discontinue, ne doit pas être non plus de dispenser de prouver les trente années de possession nécessaires pour l'établissement de la servitude continue et apparente.

Pardessus objecte que *la présomption légale est que* celui qui a été maintenu au possessoire, *a toujours possédé comme il possède aujourd'hui* (t. II, n° 330, p. 287).

Mais ceci est la violation manifeste de l'article 2234, qui porte que « *le possesseur actuel, qui prouve avoir pos-* « *sédé anciennement,* est présumé avoir possédé dans le « temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. »

Donc, la possession actuelle ne fait pas présumer la possession ancienne; donc, c'est au possesseur actuel qui prétend, au pétitoire, avoir acquis par prescription, de prouver qu'il a possédé *anciennement*, c'est-à-dire depuis plus de trente ans dans le passé.

5° Mais on se récrie, et l'on objecte que la maintenue au possessoire devient, dans notre système, d'une inutilité complète!

Nous ferons encore à ce dernier argument deux réponses :

La première, c'est que dans le système que nous combattons, c'est l'action pétitoire négatoire qui deviendrait souvent inutile; et ceci est bien autrement grave! En effet, c'est véritablement la preuve d'un fait négatif que que l'on veut mettre ici à la charge du propriétaire demandeur, qui réclame la liberté de son fonds; on veut qu'il prouve que son fonds n'est pas grevé d'une servitude! Eh! comment pourrait-il apporter une telle preuve? Nous savons bien que l'on dit qu'il pourra prouver que la servitude n'a pas pu être acquise par la prescription, parce que le bâtiment prétendu servant ou dominant n'existerait que depuis moins de trente ans, ni par la destination du père de famille, parce que ces deux héritages n'auraient jamais appartenu au même propriétaire (Duranton, t. V, n° 641). Mais outre que ces sortes de

preuves seraient le plus souvent fort difficiles à faire, qu'en résulterait-il? et lors même que le propriétaire aurait prouvé que la servitude ne peut résulter ni de la prescription ni de la destination du père de famille, est-ce qu'elle ne pourrait pas aussi avoir été établie par un titre, par testament, partage ou autre? Ainsi, la doctrine, que je combats, réduit presque à une preuve impossible celui qui exerce l'action négatoire; ce qui, je le répète, est exorbitant; car il en résulterait qu'il suffirait à un voisin d'avoir acquis, plus ou moins ostensiblement, la simple possession annale, pour être désormais définitivement approprié d'un droit perpétuel de servitude!

Notre seconde réponse, c'est que la doctrine, que nous proposons, ne rend pas aussi inutile qu'on le prétend, la maintenue dans la possession annale de la servitude; car cette maintenue produira deux effets qui ne sont pas sans importance, à savoir : 1° que le possesseur continuera provisoirement, *pendente lite*, à jouir de la servitude; 2° qu'en cas de doute sur le point de savoir si cette servitude est ou n'est pas régulièrement acquise par la possession trentenaire ou autrement, il pourra souvent arriver que l'on se décide en faveur de la possession (comp. *supra*, n°s 350, 351; Inst., *De actionibus*, § 2; Grenoble, 14 juillet 1832, Argond, Dev., 1833, II, 11; Limoges, 28 juillet 1842, Goudaud, Dev., 1843, II, 25; Caen, 2e ch., 19 août 1844, Gauthier; Agen, 30 nov. 1852, Lacout, Dev., 1854, II, 8 et 121; Agen, 23 nov. 1857, Alazard, Dev., 1857, II, 769; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Servit.*, § 3, n° 1; Toullier et Duvergier, t. II, n° 714; Demante, t. II, n° 546 *bis*, III; Solon, n° 562; Belime, n° 492; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 472; Marcadé, sur l'article 1315; Coulon, *Quest. de droit*, t. I, p. 414; Aulanier, *des Act. possess.*, n° 390; Carou, n° 138; Garnier, *de la Possess.*, p. 487; Curasson, *de la Compét. des juges de paix*, t. II, p. 416).

958. — Les actions relatives aux servitudes ne peu-

vent, de même que les autres actions réelles immobilières, être intentées que par le propriétaire du fonds prétendu dominant et contre le propriétaire du fonds prétendu servant: *actiones servitutum prædiorum urbanorum vel rusticorum sunt eorum quorum sunt prædia* (L. 1, ff., *si Servit. vind.*).

Sous cette expression de *propriétaire,* nous comprenons ici non pas seulement celui qui a le *plenum dominium*, mais encore quiconque a, dans le fonds, un droit réel, c'est-à-dire une fraction du droit total de propriété, tel que l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, sauf à l'une ou à l'autre des parties à mettre en cause le propriétaire, afin que le jugement lui soit commun (comp. *supra,* n°s 257, 258; L. 5, § 1, ff., *Si usuf. pet.;* Pardessus, t. II, n° 332).

959. — Et comme la servitude, ainsi que nous l'avons dit (*supra,* n° 701), est indivisible activement et passivement, il s'ensuit que les actions qui s'y rapportent, peuvent être exercées :

Soit par un seul des copropriétaires de l'héritage prétendu dominant (L. 6, § 4, ff., *si Servit. vind.*);

Soit contre un seul des copropriétaires de l'héritage prétendu servant; de même qu'un seul d'entre eux aurait qualité pour intenter l'action négatoire (comp. L. 4, § 4. *eod. tit.*, Duranton, t. V, n°s 627, 628; Pardessus, t. II, n°s 331 et 337).

960. — Mais la chose jugée pour ou contre l'un des copropriétaires soit du fonds prétendu dominant, soit du fonds prétendu servant, serait-elle opposable aux autres copropriétaires?

On paraît généralement reconnaître que si le copropriétaire qui a seul soutenu le procès, a obtenu gain de cause, la chose jugée profitera aux autres copropriétaires, comme celui qui en plaidant contre lui, l'a ainsi accepté comme leur représentant; *victoria et aliis proderit* (L. 4, § 3 ff., *si Servit vind.*).

Mais s'il a succombé, la chose jugée lui sera-t-elle également opposable ?

Pardessus enseigne l'affirmative (t. II, n° 334; *voy.* aussi L. 17, ff., *si Servit. vind.*).

Mais pourtant Pothier ajoutait qu'ils peuvent, dans ce cas, *former opposition en tiers* (*des Obligat.*, n° 908); et nous serions, en effet, porté à les admettre à former tierce opposition, indépendamment même de toute allégation de collusion entre leur copropriétaire et son adversaire; car, à leur égard, il semble que la représentation n'a pas été complète.

Au reste, nous réservons toutes ces questions d'indivisibilité et de chose jugée pour le titre des obligations, où notre Code les a placées (art. 1217 et suiv., art. 1351).

SECTION IV.

Comment les servitudes s'éteignent.

SOMMAIRE.

961. — Division.

961. — Les événements qui peuvent produire l'extinction des servitudes, sont :

1° Le changement de l'état des lieux, lorsqu'il est tel qu'on ne peut plus user de la servitude;

2° La confusion;

3° Le non-usage;

4° La renonciation, ou la remise de la servitude par le proprtétaire du fonds dominant;

5° La résolution du droit de celui qui avait constitué la servitude, ou même de celui auquel elle avait été concédée;

6° L'expiration du terme, ou l'événement de la condition sous lesquels la servitude avait été établie;

7° Enfin l'expropriation forcée pour cause d'utilité

publique de l'un ou de l'autre des fonds servant ou dominant.

Nous avons à examiner ces différents événements.

§ I.

Du changement de l'état des lieux, qui ne permet plus d'user de la servitude.

SOMMAIRE.

962. — Exposition.
963. — Du cas où le fait, qui a rendu l'exercice de la servitude impossible, est définitif et irréparable.
963 *bis*. — Du cas où le changement qui a eu lieu, n'est pas tel, que les choses ne puissent pas être rétablies de manière que l'exercice de la servitude redevienne possible.
964. — Division.
965. — A. Dans quel cas est-on fondé à dire que les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus user de la servitude?
966. — Suite.
967. — Suite.
968. — Suite.
969. — Suite.
970. — Que décider, si l'impossibilité d'user de la servitude n'est pas totale, mais seulement partielle, c'est-à-dire, si elle n'existe que pour une partie, soit du fonds dominant, soit du fonds servant?
971. — Quel est l'effet de la cessation forcée de la servitude? Le propriétaire dn fonds servant doit-il au propriétaire du fonds dominant un équivalent ou une indemnité quelconque?
972. — B. Dans quels cas peut-on dire que les choses sont rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude?
973. — En cas de ruine ou de démolition d'un bâtiment, les servitudes actives ou passives, qui y étaient attachées, se continuent à l'égard du nouveau bâtiment qui le remplace, si la reconstruction se fait avant que la prescription soit acquise. — Explication de cette doctrine.
974. — Faut-il que les choses soient rétablies identiquement dans le même état où elles étaient avant la cessation forcée de la servitude? Ou suffit-il qu'elles se retrouvent dans un état analogue?
975. — La preuve testimoniale est-elle admissible pour établir qu'il existait, dans le bâtiment qui a été démoli et que l'on veut reconstruire, des ouvrages constatant l'existence de servitudes continues ou apparentes?
976. — Exemple d'application des articles 703 et 704.
977. — C. Quel est le caractère de ce délai de trente ans, après lequel la cessation de la servitude devient définitive, si les choses ne sont pas rétablies avant l'expiration de ce délai de manière qu'on puisse en user? Trois opinions sont en présence. Première opinion : Il ne s'agit

pas ici d'une prescription, mais d'un délai préfix, qui n'admet ni suspension ni interruption.

978. — Deuxième opinion : Il s'agit ici d'une prescription ; mais elle ne courra pas contre le propriétaire du fonds dominant, s'il n'a pas dépendu de lui de faire cesser l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de la servitude.

979. — Troisième opinion : Il s'agit ici d'une prescription ordinaire, à laquelle il faut appliquer, en effet, les règles ordinaires en matière de prescription. — Conséquences.

980. — Quel est le point de départ de la prescription résultant du non-usage, dans l'hypothèse des articles 703 et 704?

962. — L'hypothèse d'un changement dans l'état des lieux est réglée, dans notre Code, par trois articles, dont voici d'abord les termes :

Article 703 :

« Les servitudes cessent, lorsque les choses se trou-
« vent en tel état qu'on ne peut plus en user. »

Article 704 :

« Elles revivent, si les choses sont rétablies de ma-
« nière qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit déjà
« écoulé un espace de temps suffisant pour faire présu-
« mer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à
« l'article 707. »

Enfin l'article 665 s'exprime ainsi :

« Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une mai-
« son, les servitudes actives et passives se continuent à
« l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison,
« sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et
« pourvu que la reconstruction se fasse avant que la
« prescription soit acquise. »

Cette hypothèse est difficile ; et elle a soulevé de vives controverses.

Précisons bien d'abord ce qui résulte de la rédaction même de nos articles.

De deux choses l'une :

Ou le fait qui a rendu impossible l'exercice de la servitude, est définitif et irréparable ;

Ou, au contraire, le changement qui a eu lieu, n'est

pas tel que les choses ne puissent pas être rétablies de manière que l'exercice de la servitude redevienne possible.

963. — Dans le premier cas, il est clair que la servitude est elle-même éteinte définitivement.

Voilà, par exemple, l'un des fonds qui est emporté par le fleuve et qui disparaît à jamais!

Évidemment plus de servitude! le fonds à péri; et, avec lui, les servitudes actives ou passives qui n'en étaient que des qualités et des dépendances.

C'est la perte totale de la chose (comp. art. 617); et il importe peu qu'elle atteigne les deux fonds, ou seulement l'un d'eux, soit le fonds dominant, soit le fonds servant.

Dans tous les cas, la perte fait qu'il n'y a plus deux héritages, dont l'un puisse être asservi pour l'utilité de l'autre (art. 637).

963 *bis.* — Mais il n'en est pas de même dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le changement qui est survenu, n'est pas irréparable et qu'il est possible que les choses soient rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude.

Pour ce cas, la loi distingue:

Si les choses restent pendant trente ans dans l'état qui a rendu l'exercice de la servitude impossible, alors la servitude est éteinte par la prescription;

Si, au contraire, avant le délai de trente ans, les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, alors, dit l'article 704, les servitudes *revivent*.

Est-ce à dire qu'elles étaient déjà éteintes?

On a beaucoup argumenté, en sens divers, de ces mots: *elles cessent*, de l'article 703, pour en conclure qu'elles ne sont pas éteintes; et de ces mots : *elles revivent*, de l'article 704, pour en induire, au contraire, qu'elles étaient éteintes.

Nous ne croyons pas, pour notre part, que les argu-

ments déduits de ces deux formules soient plus concluants d'un côté que de l'autre; car le mot *cesser* a été emprunté par les rédacteurs de notre Code à Domat, qui précisément, dans notre matière, l'employait comme synonyme du mot *finir* (comp. *Lois civ.*, liv. I, tit. XII, n°s 1 et 2).

Remarquons seulement que l'article 665 déclare, en termes formels, que les servitudes *se continuent* par le rétablissement des lieux dans leur premier état; ce qui prouve que l'exercice en a été seulement suspendu; que le droit lui-même n'avait pas péri; et que la servitude sommeillait plutôt qu'elle n'était véritablement éteinte.

964. — Nous avons à rechercher, à cet égard, trois points principaux :

A. Dans quels cas on est fondé à dire que les choses se trouvent, d'après l'article 703, en tel état qu'on ne peut plus user de la servitude;

B. Dans quels cas on peut dire qu'elles sont rétablies, d'après l'article 704, de manière qu'on puisse en user;

C. Enfin, quels sont le caractère et les effets de cette cessation de l'exercice des servitudes pendant trente ans; si cet espace de temps est un délai préfix, qui n'admette ni interruption ni suspension; ou s'il ne constitue, au contraire, qu'une prescription résultant du non-usage, qui soit suspendue par l'effet de la force majeure et qui soit susceptible de suspension et d'interruption.

965. — A. Et d'abord, quand est-ce que l'on peut dire, dans le sens de l'article 703, que les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus user de la servitude?

Ce ne sera là, le plus souvent, qu'une question de fait, à décider d'après les circonstances; nous allons voir pourtant que des difficultés se sont élevées plus d'une fois sur ce point.

En règle générale, il y a impossibilité d'exercice de la servitude, lorsque le fonds servant se trouve hors d'état

de procurer au fonds dominant l'utilité qui en faisait l'objet, ou que le fonds dominant est lui-même hors d'état d'en profiter.

Le fonds, par exemple, sur lequel j'ai un droit de passage, est, non pas emporté comme tout à l'heure (*supra*, n° 963), mais envahi et couvert par les eaux;

La fontaine, où j'avais un droit de puisage, a tari;

La maison, qui avait une servitude de vue ou qui devait une servitude d'appui, est détruite;

Autant d'obstacles à l'exercice de la servitude, qui se trouve forcément interrompu.

Il en serait de même, si le fonds A étant grevé de la servitude *non ædificandi*, au profit du fonds C, dont il est séparé par le fonds B, qui n'y serait pas assujetti, le propriétaire de ce dernier fonds se mettait lui-même à bâtir, *altius extulerit ædificia sua;* rien ne s'opposerait alors à ce que le propriétaire du fonds A élevât lui-même des constructions, puisque les constructions élevées déjà sur le fonds intermédiaire ne permettraient plus au fonds dominant de profiter de la servitude *non ædificandi* imposée au fonds A (comp. L. 6, princ., ff., *si Servit. vind.*; Toullier, t. II, n° 684, *voy.* toutefois Cass,, 26 novembre 1861, Pastoureau, Dev., 1862, II, 77; Toullier, t. II, n°684).

966. — J'ai le droit de faire passer les eaux provenant de ma fabrique, par une rigole, qui règne le long de votre héritage.

Un événement quelconque, des travaux par exemple, qu'un tiers exécute sur son propre héritage, font que cette rigole ne peut plus recevoir les eaux.

En résulte-t-il une impossibilité d'exercice de la servitude? Ou puis-je, au contraire, demander que la rigole soit reportée sur une autre partie de votre fonds?

Il faut répondre qu'il y a cessation forcée de la servitude, si le lieu du parcours des eaux avait été déterminément et limitativement assigné *pro regione, pro diviso,*

sur telle partie du fonds, *ad certam partem fundi* (L. 6, ff., *de Servit.*); et cette solution serait vraie surtout dans le cas où la servitude d'égout et de conduite d'eau ne résulterait que de la prescription, ou ne serait prouvée que par l'aveu indivisible du maître du fonds assujetti (comp. Cass., 16 mai 1838, Cazeaux, Dev., 1838, I, 569).

Il en serait de même d'un droit de passage; si la partie du fonds qui serait reconnue en être seule exclusivement grevée, devenait impraticable, le propriétaire, qui avait le droit de passage, ne serait pas fondé à le reporter sur une autre partie du fonds ; et ce ne serait que par la concession d'une nouvelle servitude, de la part du propriétaire du fonds servant, qu'il pourrait l'obtenir.

Et il en serait ainsi, lors même que la première servitude de passage aurait été achetée ou acquise de toute autre manière, à titre onéreux (*supra*, n° 844; comp. Cœpolla, tract. II, cap. I, n° 24; Pardessus, t. II, n° 294; Duranton, t. V, n°s 657 et 665).

967. — Mais voilà qu'un fonds qui est grevé de la servitude *non ædificandi*, au profit d'un fonds limitrophe, se trouve, par le percement d'une nouvelle rue, border immédiatement la voie publique.

La servitude *non ædificandi*, à laquelle il était assujetti, a-t-elle cessé?

On l'a soutenu; et on l'a même décidé ainsi.

Mais pourquoi donc?

Est-ce que par l'ouverture de la rue, l'utilité de la servitude *non ædificandi* est devenue impossible pour le fonds dominant?

Non, sans doute.

Donc, elle doit continuer de subsister et de s'exercer d'après le nouvel état des lieux, qui n'y fait pas obstacle (comp. Paris, 11 nov. 1833, Tayer, Dev., 1837, I, 980; Cass., 7 mai 1851, de Chaponay, Dev., 1851, I, 409).

968. — Pareillement, à moins de circonstances particulières, la servitude *altius non tollendi*, établie en faveur

d'un couvent de religieuses, continuerait de subsister, malgré le changement de destination du fonds dominant, lors même, par exemple, qu'il aurait été converti en caserne.

Car la servitude est attachée à l'héritage dominant aussi bien qu'à l'héritage servant, en leur qualité d'héritages; et elle les suit activement et passivement dans les mains des nouveaux propriétaires, quels qu'ils soient (comp. Dijon, 24 août 1843, Chevalier, Dev., 1843, II, 496; Metz, 6 juin 1866, Oulif, Dev., 1867, II, 147).

969. — Nous croyons aussi que l'on a pu, avec raison, décider que la servitude, à laquelle un fonds était soumis, de recevoir les eaux qui alimentaient un étang, n'est pas éteinte par le desséchement de cet étang, lorsque le propriétaire du fonds dominant, en même temps qu'il a desséché son étang, a établi sur son fonds un barrage pour la retenue et la distribution des eaux dans des canaux d'irrigation (comp. Cass., 27 févr. 1844, Vaucher, Dev., 1844, I, 658).

D'une part, en effet, le fonds servant pouvait encore très-bien procurer au fonds dominant l'utilité qui faisait l'objet de la servitude, c'est-à-dire l'écoulement des eaux;

Et, d'autre part, le fonds dominant pouvait toujours aussi en profiter.

Mais n'est-ce pas là substituer une servitude nouvelle et différente à la servitude qui existait? N'était-ce pas du moins aggraver cette dernière servitude? Répondons qu'en fait, dans l'espèce de l'arrêt précité, il est reconnu que la servitude d'écoulement des eaux était restée la même, et que le changement qui avait été opéré dans le fonds dominant, loin de nuire au fonds servant, *l'avait beaucoup amélioré* (comp. aussi Cass., 11 déc. 1861, Michel, Dev., 1862, I, 513; et J. du P., 1863, p. 34; Paris, 22 juin 1867, Simon, *le Droit* du 25 juin 1867).

970. — Que décider, si l'impossibilité d'user de la servitude n'est pas totale, c'est-à-dire si elle n'existe que

pour une partie soit du fonds dominant, soit du fonds servant?

Si la servitude est telle, à raison de son caractère absolu d'indivisibilité, que l'exercice qui continuera d'avoir lieu pour une partie du fonds dominant, ou sur une partie du fonds servant, doive être considéré comme l'exercice de la servitude tout entière, l'article 703 ne sera pas applicable ; tel serait, par exemple, un droit de passage, auquel seraient affectées, activement et passivement, toutes les portions du fonds dominant et du fonds servant (comp. aussi Cass., 9 déc. 1857, Gosselin, D., 1858, I, 110).

Mais il n'en serait pas de même, si la servitude était susceptible de division et de démembrement soit dans son utilité et son émolument, soit dans son mode d'exercice ; comme si, par exemple, la source à laquelle j'avais le droit de prendre tant de mesures d'eau, tarissant à moitié, ne pouvait plus fournir que la moitié de ce nombre ; ou si, ayant le droit de passer à cheval et en voiture, l'envahissement des eaux, en rétrécissant le chemin, ne permettait plus que le passage à pied. Il nous semble que dans ces deux derniers cas, il y aurait cession forcée de la servitude, pour une partie de son émolument ou pour un certain mode de son exercice, et que l'article 703 serait applicable pour cette partie (arg. de l'article 708 ; comp. Cass., 9 mai 1857, Gosselin, Dev., 1859, I, 843 ; Pardessus, t. II, n°s 294 et 296 ; Duranton, t. V, n° 657 ; Marcadé, art. 703, n° 669 *bis*).

971. — Lorsque les choses se trouvent ainsi en tel état, qu'on ne peut plus user de la servitude, *elle cesse* dit notre article 703, c'est-à-dire qu'il n'y a lieu, de la part du propriétaire du fonds servant envers le propriétaire du fonds dominant, à fournir aucun équivalent, à payer aucune indemnité, ni à restituer le prix qu'il aurait reçu.

L'article 703 ne peut même avoir d'autre but que de

constater ainsi la réalité du droit de servitude et d'en consacrer cette conséquence (*infra*, n° 979).

Mais, bien entendu, cela suppose que l'impossibilité de l'exercice de la servitude provient soit du hasard et d'un événement de force majeure, soit du fait du propriétaire du fonds dominant, soit même du fait licite d'un tiers.

Nous disons *licite*, parce que, s'il en était autrement, le maître du fonds dominant aurait une action contre le tiers à fin de rétablissement des lieux (comp. notre tome X, n° 713 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 86).

A plus forte raison, si cette impossibilité était le résultat d'un fait de la part du propriétaire du fonds servant, celui-ci ne pourrait-il pas invoquer l'article 703; car on serait fondé à lui répondre par l'article 701, qui lui défend précisément de *changer l'état des lieux et de rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude* (comp. Cass., 16 avril 1838, Baron, Dev., 1838, I, 756; Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n°s 1 et 4; Pardessus, t. II, n° 294).

972. — B. Maintenant, dans quels cas peut-on dire, d'après l'article 704, que les choses sont rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude?

Ce sera encore le plus souvent une question de fait.

La règle générale, toutefois, nous paraît être qu'il faut que les choses soient rétablies de telle façon, que l'on puisse user de la même servitude, dont la cessation a eu lieu, et dans les mêmes conditions d'exercice qu'auparavant.

Le fleuve, par exemple, qui couvrait le fonds assujetti à mon droit de passage, se retire (L. 14, ff., *Quemadm. servit. amitt.*);

Ou la fontaine, à laquelle j'avais le droit de puiser, après avoir été mise à sec, jaillit de nouveau;

Ou encore, le bâtiment qui avait été élevé sur le fonds intermédiaire, qui me sépare d'un fonds qui est grevé

envers le mien de la servitude *non ædificandi*, est abattu (L. 6, princ., ff., *Si servit. vindic.*).

Dans tous ces cas, il est clair que nous voyons *revivre*, comme dit l'article 703, ou *se continuer*, comme dit bien mieux l'article 665, les servitudes de passage, de puisage et de prospect (*supra*, n° 965).

973. — Pareillement, le mur, la maison ou le bâtiment quelconque auquel étaient attachées des servitudes actives ou passives, après avoir été démoli ou détruit, est relevé.

Les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison (art. 665).

Cette application de notre règle est notable !

Lorsque la rivière, après avoir envahi le fonds servant ou le fonds dominant, se retire, le fonds affranchi des eaux se retrouve absolument le même; sa substance n'a ni péri ni changé; et alors il est tout simple que les servitudes qui le grevaient activement et passivement, se retrouvent aussi, puisqu'elles en sont des attributs et des qualités. Cela est vrai, en général, de toutes les servitudes, que les Romains appelaient *rusticæ*, c'est-à-dire *quæ in solo consistunt* (ff., *de Servit.*, L. 3).

Mais au contraire, pour les servitudes *urbaines*, c'est-à-dire *quæ in superficie consistunt*, attachées qu'elles sont à la superficie, au mur, à la maison, elles devraient, d'après la rigueur du principe, s'éteindre et périr dans la démolition de la maison ou du mur; car la substance, c'est-à-dire le mur même et la maison, à laquelle elles étaient attachées, a péri; et on aura beau reconstruire tout de suite un mur ou une maison, à la même place, avec les mêmes matériaux et dans les mêmes conditions que l'ancien; ce n'en sera pas moins toujours nécessairement une construction nouvelle, une nouvelle maison, un nouveau mur; à plus forte raison, cette proposition sera-t-elle exacte, si la reconstruction n'a lieu qu'après

un temps plus ou moins long et avec de nouveaux matériaux.

Aussi, les Romains avaient-ils fait nettement cette différence entre les servitudes *quæ in solo* et les servitudes *quæ in superficie consistunt.*

Les premières ne s'éteignaient point par les obstacles physiques qui pouvaient en empêcher l'exercice ; elles ne périssaient ainsi que par le non-usage prolongé pendant le temps déterminé par la loi (L. 14. ff., *Quemadm. servit. amitt.*)

Les autres, au contraire, s'éteignaient immédiatement par la ruine et la démolition du bâtiment (L. 20, § 2, ff., *de Servit. præb. urb.*).

Cette dernière règle avait toujours été maintenue en matière d'usufruit (L. 5, § 2, ff., *Quemadm. usufr. amitt.*)

Et nous avons aussi, dans notre droit, continué de l'observer encore (art. 624; *voy.* aussi notre tome X, nos 705 et suiv.).

Mais on s'en était départi en matière de servitudes; et la loi 20, § 2, au Digeste, *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, que nous venons de citer, s'exprime à ce sujet en termes fort remarquables :

« Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, « ut eadem specie et qualitate reponatur, *utilitas exigit* « ut idem intelligatur; nam alioquin, si strictius inter- « pretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur.... »

Notre ancien droit français avait adopté et même exagéré encore, ainsi que nous le dirons bientôt (n° 978), ce principe; et on voit, par notre article 665, que les rédacteurs du Code Napoléon l'ont également consacré.

Cette doctrine est d'autant plus remarquable, que les changements qui peuvent rendre impossible l'usage de la servitude, assez rares pour les servitudes *rurales, quæ in solo consistunt,* et dont on cite deux ou trois exemples, toujours les mêmes! le tarissement de la fontaine, l'in-

vasion du champ par les eaux, que ces changements, dis-je, sont, au contraire, fréquents et nombreux pour les servitudes *urbaines*, *quæ in superficie consistunt*.

On a considéré sans doute que l'usufruit est temporaire et aussi plus spécialement attaché à la forme actuelle de la chose; tandis que les servitudes ont un caractère de perpétuité, par suite duquel elles sont une qualité permanente du fonds lui-même.

Quoi qu'il en soit, telle est notre règle; elle ne fléchirait que par exception, et qu'autant qu'il serait établi que la servitude n'a été attachée, activement ou passivement, que d'une manière restrictive à un bâtiment, en contemplation de son état présent, de sa forme et de sa destination actuelle; exception que l'on ne devrait que très-difficilement admettre (comp. Orléans, 1er déc. 1848, comp. du *Phénix*, Dev., 1849, II, 593; Duranton, t. V, n° 657; Pardessus, t. II, n° 295).

974 — Faut-il que les choses soient rétablies, identiquement et absolument, dans le même état où elles étaient avant la cessation forcée de la servitude?

Ou suffit-il qu'elles se retrouvent dans un état analogue?

Le législateur se borne à dire que les servitudes revivent, si les choses sont *rétablies de manière qu'on puisse en user* (art. 704).

Il est nécessaire sans doute que le *rétablissement* replace en général les choses dans le même état qu'auparavant; mais pourtant il ne faut pas exagérer cette proposition, de manière à la rendre, en pratique, d'une application presque impossible.

C'est donc aux magistrats qu'il appartient de décider cette question; et nous croyons qu'ils sont autorisés à appliquer l'article 704 au cas où les choses sont rétablies dans un état sinon absolument identique, du moins analogue à celui qui existait auparavant (comp. Colmar, 27 mai 1811, Sauss, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, III, II,

461; Cass., 21 mai 1851, d'Humières, Dev., 1851, I, 406; Bordeaux, 14 août 1855, Augrand, Dev., 1856, II, 683; Marcadé, *Revue crit. de législ.*, t. II, p. 72; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 208, note 2).

Ce qu'il faut surtout, c'est qu'il n'y ait pas aggravation; nous voulons dire une aggravation sensible et appréciable de la servitude, au préjudice du fonds servant (art. 665; comp. Cass., 25 juin 1866, Grandin, Dev., 1866, I, 348).

Dans l'appréciation des circonstances relatives à cette question, il y aura lieu d'examiner si le rétablissement s'est opéré naturellement et par suite des mêmes causes ou de causes différentes, mais également de force majeure, qui avait amené la cessation de la servitude ; ou si le rétablissement des choses a été fait par la main de l'homme.

On pourra, en effet, dans le premier cas, se montrer moins sévère sur le point de savoir si les choses sont rétablies dans le même état qu'auparavant (L. 14, princ., ff., *Quemadm. servit. amitt.*);

Tandis qu'on sera en général fondé, dans le second cas, à exiger que celui qui rétablit lui-même les lieux dans leur état primitif, n'y apporte, par son fait, aucun changement (L. 20, § 2, ff., *de Servit. præd. urb.;* art. 665; comp. Pardessus, t. II, n° 295).

975. — A cet égard, remarquons qu'il sera toujours prudent pour celui qui démolit, afin de le reconstruire ensuite, un bâtiment, auquel sont attachées des servitudes actives ou passives, de faire constater par un procès-verbal contradictoirement avec le propriétaire voisin, l'état des lieux tel qu'il existe avant la démolition.

Mais cette précaution est-elle toujours indispensable? et, par exemple, lorsqu'il n'y a pas de titre, et qu'il s'agit de servitudes continues et apparentes susceptibles de s'acquérir par la possession, la preuve testimoniale ne pourrait-elle pas être admise, après la démolition, au

profit de celui-là même qui a fait démolir, afin d'établir qu'il y avait des ouvrages ou des signes quelconques, constatant l'existence de servitudes continues et apparentes dans le mur ou le bâtiment démoli ?

Pour la négative, on peut faire cet argument :

Aux termes des articles 1341 et 1348, il n'est reçu aucune preuve par témoins pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, à moins qu'il n'ait pas été possible de se procurer une preuve littérale ;

Or, d'une part, il s'agit ici d'une valeur indéterminée ; et d'autre part, il était possible de se procurer une preuve écrite ;

Donc, la preuve testimoniale n'est pas admissible en cas de démolition volontaire ; donc, elle ne pourrait l'être que dans le cas où le bâtiment se serait écroulé de vétusté ou aurait été détruit par un cas fortuit et de force majeure (comp. Caen, 25 mai 1841, Boëssée, *Rec. de Caen*, t. V, p. 162 ; Amiens, 29 juin 1842, Wiart, Dev., 1845, II, 22).

Mais ne peut-on pas répondre ainsi avec bien plus d'avantage :

D'après l'article 690, les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans ; et la possession peut être prouvée par témoins ;

Or, nous supposons qu'il n'y a pas de titre, et que c'est la possession qui est invoquée comme cause de l'établissement de la servitude, dont il s'agit ;

Donc, la preuve de cette possession peut être faite par témoins.

On objecte qu'il était possible de faire dresser, avant la démolition, un procès-verbal de l'état des lieux, et qu'il y a faute à ne l'avoir pas fait.

Mais qu'est-ce que ce procès-verbal aurait prouvé ? l'existence des jours, des vues, de la servitude enfin, quelle qu'elle soit, au moment même de la démolition, et à ce moment seul ;

Or, la possession des jours ou des vues à ce seul moment n'était pas, bien entendu, suffisante pour établir la servitude, puisqu'il faut, pour cela, une possession de trente ans ;

Donc, il aurait toujours été nécessaire, malgré la rédaction d'un procès-verbal, d'avoir recours à la preuve par témoins.

Aussi, faut-il remarquer que l'article 665 n'exige pas, en effet, cette condition (comp. Caen, 16 décembre 1848, Chedrue, *Rec. de Caen*, t. XII, p. 355, et Dev., 1849, II, 665).

Nous croirions aussi, par le même motif, que cette solution devrait être appliquée au cas où l'on demanderait à prouver, après la démolition, l'existence d'un signe apparent de servitude, dans le mur ou la maison démolis, afin d'invoquer ensuite la destination du père de famille; car nous savons que la destination du père de famille, c'est-à-dire les différents faits qui la constituent, peut tout aussi bien que la possession à l'effet d'acquérir, être établie par la preuve testimoniale (*supra*, n° 812).

976. — On a jugé que le desséchement d'un étang appartenant à la république, opéré en exécution de la loi du 14 frimaire an II, a bien fait cesser les servitudes d'abreuvage ou de pacage, qui grevaient l'étang avant son desséchement, mais qu'il ne les a pas éteintes; et que, par conséquent, ces servitudes pourraient être encore exercées, si plus tard le fonds servant était remis en nature d'étang (Cass., 30 déc. 1839, Brucy, Dev., 1840, I, 513).

Et ce n'est là, en effet, qu'une application toute naturelle de nos articles 703 et 704; il aurait fallu, dans la loi de frimaire an II, une disposition spéciale qui dérogeât, sous ce rapport, au droit commun, pour qu'il en fût autrement; or la loi ne renfermait aucune disposition de ce genre.

977. — C. Reste à savoir, sur les articles 703 et 704,

quel est le caractère du délai de trente ans, après lequel la cessation de la servitude devient définitive, si les choses ne sont pas rétablies, avant l'expiration de ce délai, de manière qu'on puisse en user.

Trois opinions sont en présence :

I. La première enseigne qu'il s'agit ici, non pas d'une prescription, mais d'un délai préfix, qui n'est susceptible ni de suspension pour cause de minorité ou autre, ni d'interruption; parce qu'après un si long espace de temps, la loi n'admet pas l'identité de deux états de choses séparées par un aussi grand intervalle, et qu'elle présume alors une extinction qui résulte de la nature des choses, et qui doit, par conséquent, être absolue et la même pour tous.

Ce système raisonne ainsi :

1° Dans la rigueur des principes, la servitude devrait s'éteindre tout de suite et définitivement, dès qu'elle ne peut plus s'exercer, parce qu'elle n'a plus d'objet ; cela est d'autant plus vrai, que cette cause d'extinction, comme on l'a vu plus haut (n° 973), est particulièrement applicable aux servitudes *quæ in superficie consistunt*, et qu'en réalité dès que le bâtiment, dominant ou servant, est détruit, il est exact de dire que l'objet de la servitude a définitivement péri, puisque le bâtiment qui sera reconstruit plus tard, à la même place, sera un bâtiment nouveau et différent.

Quoi qu'il en soit, par des motifs d'utilité et de faveur, le législateur n'a pas prononcé, dans ce cas, l'extinction immédiate de la servitude; il a déclaré seulement qu'elle *cessait;* et il a accordé qu'elle pourrait revivre, si les choses étaient rétablies dans le même état avant un certain délai.

Le projet du Code Napoléon limitait ce délai à dix ans, quoiqu'il exigeât un délai de trente ans pour l'extinction de la servitude par le non-usage; ce qui prouve bien qu'il ne confondait pas ces deux modes d'extinction

(comp. art. 55 et 57 du titre IV du projet de l'an VIII, Fenet, t. II, p. 123).

Il est vrai que ce délai de dix ans a été ensuite étendu à trente ans, comme celui qui est exigé pour l'extinction par non-usage; et l'article 704 renvoie en effet à l'article 707. Mais ce qui précède démontre assez que cette augmentation de délai et ce renvoi n'ont eu nullement pour but d'assimiler l'extinction résultant de la cessation de l'exercice de la servitude par suite du changement dans l'état des lieux, à la prescription extinctive résultant du non-usage, et qu'on a voulu seulement étendre à trente années le délai après lequel l'objet de la servitude serait réputé avoir péri définitivement et sans retour.

2° Si les articles 703 et 704 ne faisaient que consacrer une prescription ordinaire de trente ans, susceptible de suspension et d'interruption, ils seraient, dans notre Code d'une complète inutilité; et ils se trouveraient entièrement absorbés dans les articles 706 et 707.

En effet, les articles 703 et 704 ne signifieraient eux-mêmes, dans ce système, autre chose, sinon que la servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans!

Mais alors, à quoi bon ces deux articles?

Comment! on aurait fait l'article 703 pour nous dire seulement qu'en fait on n'exercera pas la servitude, lorsque l'exercice en sera impossible! que je ne pourrai point, par exemple, puiser de l'eau à une fontaine tarie!

Et l'article 704 n'aurait d'autre but que de déclarer qu'au bout de trente ans, la servitude sera éteinte par le non-usage!

Mais les articles 706 et 707 rendaient cette disposition tout à fait superflue.

Ainsi, d'après le système qui ne veut voir, dans notre hypothèse, qu'une prescription extinctive par le non-usage, l'article 703 ne renferme qu'une naïveté inexplicable; et l'article 704 est d'une évidente inutilité!

3° Il faut donc reconnaître que les articles 703 et 704

consacrent, non pas une prescription résultant du non-usage, mais une extinction résultant du changement dans l'état des lieux, c'est-à-dire de la nature des choses ; et cette doctrine n'a rien d'injuste ni d'excessif; tandis qu'il est impossible de ne pas voir tous les inconvénients de la doctrine contraire, dont les partisans perpétuent indéfiniment, ceux-ci de plein droit, ceux-là au moyen de suspensions ou d'interruptions, cette servitude *in abstracto*, qui n'a plus d'objet; de telle sorte que les fonds s'en trouvent grevés *in infinitum*, dans les mains des tiers acquéreurs, et qu'au bout d'un demi-siècle ou de plus encore, si un propriétaire veut bâtir, il sera possible d'exhumer contre lui un titre qui grevait d'une servitude quelconque la maison qui, bien longtemps en arrière dans le passé, a existé autrefois sur son fonds, pour y assujettir aujourd'hui la maison nouvelle qu'il va édifier! Et souvent même il faudrait, dans ce cas, détruire des ouvrages ou des constructions faites déjà depuis longtemps et dont la conservation serait incompatible avec l'existence de la servitude révivifiée! On peut voir combien Domat lui-même avait été frappé de ces dangers (*Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. VI, art. 4, à la note). Et ce sont précisément ces dangers que les rédacteurs des articles 703 et 704 ont voulu prévenir (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n°s 364, 365).

Cette argumentation est, suivant nous, infiniment grave; et nous ajouterons même que nous étions d'abord porté à en adopter la conclusion.

Nous ne le ferons pas néanmoins ; et bientôt nous allons dire les motifs qui nous en séparent (*infra*, n° 979). Qu'il nous suffise de remarquer ici que l'article 704, par son renvoi à l'article 707, et surtout les articles 665, 708, 709 et 710, qui emploient le mot lui-même de *prescription*, démontrent qu'il s'agit bien, dans nos articles 703 et 704, d'une prescription ordinaire, et non pas d'un délai préfix et invariable.

978. — II. C'est bien là ce que reconnaissent les deux autres opinions qui entrent maintenant en lice; elles posent d'abord ensemble cette commune prémisse : qu'il s'agit, dans les articles 703 et 704, d'une prescription ordinaire, comme dans les articles 706 et 707, et que, par exemple, cette prescription ne courra pas plus, dans un cas que dans l'autre, contre les mineurs et les interdits.

Mais elles se divisent ensuite sur un point capital, dans les déductions qu'elles tirent de cette prémisse.

La seconde opinion distingue :

Si le changement d'état dans les lieux, qui rend impossible l'exercice de la servitude, est tel que le propriétaire du fonds dominant puisse le faire cesser; si ce changement provient, par exemple, soit de son propre fait, soit du fait du propriétaire du fonds servant ou du fait illicite d'un tiers, la prescription extinctive courra contre lui;

Si, au contraire, ce changement provient d'une cause naturelle et d'une force majeure, alors la prescription sera suspendue de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de faire aucun acte interruptif; et à quelque époque que les choses soient rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude, cet exercice pourra être recommencé.

Et à l'appui de cette seconde partie de la distinction, on invoque les anciennes traditions, les textes de notre Code, et les principes généraux du droit :

1° Il est vrai que, en droit strict, chez les Romains, la servitude urbaine, *quæ in superficie consistit*, s'éteignait immédiatement par la ruine du bâtiment, et que le changement dans l'état des lieux, qui rendait impossible l'exercice de la servitude rurale, *quæ in solo consistit*, en produisait l'extinction par le non-usage, s'il se prolongeait pendant le temps déterminé à cet effet. Mais cette rigueur n'était qu'apparente; et, en réalité, la servitude urbaine, dans le premier cas, loin d'être considérée comme éteinte,

se reportait sur la nouvelle superficie qui remplaçait l'ancienne (L. 20, § 2, ff., *de Servit. præd. urb.*); et dans le second cas, on restituait contre la prescription résultant du non-usage de la servitude rurale, le propriétaire, qui n'avait pas pu user de son droit : *ut quod jus non negligentia aut culpa sua amiserunt* (comp L. 35, ff., *de Servit. præd. rust.*; L. 14, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*).

Aussi, notre ancien droit français, négligeant ces scrupules et ces détours, déclarait-il nettement que *la prescription ne doit pas courir contre celui qui ne peut pas user de la servitude.* Ce sont les termes mêmes de Domat (*Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 1).

2° Ces traditions ont été maintenues par notre Code ; et la preuve en résulte de l'article 704, qui dispose que les servitudes revivent, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant *pour faire présumer* l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707; c'est-à-dire que « le non-usage n'éteint la servitude « que parce qu'il indique et en tant qu'il indique le con- « sentement du maître du fonds dominant d'abandonner « son droit ; »

Or, ce consentement ne saurait être présumé dans le cas où il y avait impossibilité pour lui d'user de la servitude ;

Donc, d'après le texte même de l'article 704, la prescription n'a pas couru ; et celui auquel la servitude est due, est fondé, en prouvant le cas de force majeure, à rentrer dans l'exercice de tous ses droits.

3° Ce texte d'ailleurs ne fait que consacrer la maxime fondamentale : *contra non valentem agere non currit præscriptio.* On objecte que le propriétaire du fonds dominant peut agir, dû moins en déclaration et en reconnaissance de servitude. Mais à quoi bon? Est-ce qu'il pourrait, par exemple, contraindre le propriétaire de la maison

qui était grevée de la servitude, si elle a été incendiée ou détruite par tout autre cas de force majeure, est-ce qu'il pourrait le forcer de la reconstruire? non, sans doute; et pourtant il est à remarquer que l'article 665 s'applique aux servitudes non-seulement *actives*, mais *passives*, c'est-à-dire à celles dont la maison détruite était grevée au profit de l'héritage voisin. Or, si le propriétaire du fonds dominant ne peut pas forcer le propriétaire voisin à réédifier la maison, il est juste du moins et équitable de lui réserver intacts tous ses droits pour le cas où ce propriétaire réédifierait (comp. Toullier, t. II, nos 690 et suiv.; Marcadé sur les articles 703, 704; Taulier, t. II, p. 462; Solon, n° 505; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 86; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 208, note 2).

979. — III. Enfin, d'après la troisième opinion, que, pour notre part, nous croyons devoir proposer, l'espace de temps dont il est question dans l'article 704, n'est autre chose que la prescription ordinaire résultant du non-usage; et, en conséquence, il faut appliquer en effet ici les règles ordinaires de la prescription, et décider:

A. Qu'elle n'est pas suspendue par les cas de force majeure;

B. Qu'elle ne court pas contre les mineurs ou autres personnes privilégiées;

C. Qu'elle est susceptible d'interruption.

1° Nous comprenons bien que l'on prétende, comme fait le premier système (n° 977), qu'il s'agit, dans l'article 704, non pas d'une prescription, mais d'un délai préfix, et qu'en conséquence on rejette tous les effets de la prescription, la suspension, par exemple, pour cause de minorité, etc.

Mais ce qu'il nous est difficile de comprendre, c'est qu'en reconnaissant, comme fait le second système (et très-justement, suivant nous), qu'il s'agit ici d'une pres-

cription, on veuille distinguer entre les effets de la prescription, admettre les uns et rejeter les autres!

Nous ferons donc tout d'abord à ce second système, un argument qui nous paraît décisif, et que voici :

L'article 704, combiné avec les articles 665, 706, 707, 708, 709 et 710, consacre évidemment une prescription extinctive de la servitude;

Or, d'une part, aux termes de l'article 2251, la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elle ne soit dans quelque exception établie par la loi ; d'autre part, aucune loi n'a suspendu la prescription à raison des empêchements de fait et de force majeure ; la maxime : *contra non valentem agere*, etc., n'a pas été érigée en loi;

Donc, la prescription établie par l'article 704 n'est pas suspendue dans le cas même où c'est par la force majeure que le propriétaire du fonds dominant n'a pas pu exercer la servitude.

2° Mais, dit-on, l'article 704 exige qu'il se soit déjà écoulé un temps suffisant *pour faire présumer* l'extinction de la servitude.

Beaucoup de réponses se présentent :

D'abord, les articles 703 et 704 sont conçus en des termes absolus, qui résistent formellement à la distinction que l'on veut y introduire, entre les causes qui ont rendu impossible l'exercice de la servitude; ou plutôt il est clair qu'ils ont surtout en vue les cas de force majeure : *lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user!* dit l'article 703; *à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant*, etc., dit l'article 704; et Demante remarque, fort justement, que ce mot : *déjà*, comprend tout l'intervalle écoulé depuis que la servitude a cessé, aux termes de l'article 703 (t. II, n° 562 *bis*, III).

Ensuite, si, dans le cas de l'article 704, la prescription

n'emportait qu'une simple présomption d'abandon et de remise susceptible d'être combattue par la preuve contraire, il faudrait nécessairement en dire autant de la prescription résultant du non-usage ; car l'article 704 se réfère à l'article 707 ; et il est clair qu'il s'agit, dans l'un et dans l'autre, de la même prescription; or, qui voudrait soutenir que la prescription résultant du non-usage n'opère qu'une simple présomption d'abandon contre laquelle la preuve contraire serait recevable!

Enfin, l'argument que l'on déduit de ces mots de l'article 704 : *faire présumer*, n'est qu'une confusion entre la raison philosophique de la prescription et son effet légal. On a coutume de dire, à la vérité, que la prescription repose sur une présomption d'abandon du droit de la part de celui qui l'a laissé prescrire ; mais ce n'est là que sa raison doctrinale; et il faut bien se garder d'en conclure que la prescription elle-même ne soit qu'une simple présomption de libération ; elle est, au contraire, par elle-même, et par elle seule, un *moyen d'extinction* (ou d'acquisition) des droits (art. 712, 1234, 2219) ; ou, si l'on veut qu'elle soit une présomption légale, c'est une présomption *juris et de jure*, qui n'admet pas de preuve contraire (comp. art. 1360, n° 2; et art. 1352, 2e alinéa). Il est vrai que la rédaction de l'article 704 favorise ici cette confusion; mais précisément, le législateur, dans ce même chapitre de notre titre, a pris soin de protester contre l'abus que l'on voudrait en faire. Il est très-remarquable, en effet, que le projet de Code de l'an VIII, titre IV, portait aussi que la servitude *est censée* éteinte par le non-usage pendant trente ans (art. 55; Fenet, t. II, p. 123) ; mais le vice de cette rédaction fut signalé par le Tribunat, qui fit remarquer que *le non-usage pendant trente ans d'une servitude en opère l'extinction absolue; et que se contenter de dire qu'elle est censée éteinte, serait atténuer l'idée* (Fenet, t. IV, p. 290). La rédaction fut, en conséquence, rectifiée, et devint ce qu'elle est aujour-

d'hui dans l'article 706. Si l'on ne fit pas la même rectification dans l'article 704, qui portait également le même vice, ce ne fut évidemment que par inadvertance; mais, d'une part, la rectification faite dans l'article 706 réagit sur l'article 704, puisque celui-ci renvoie à celui-là, et que tous les deux consacrent la même prescription; et, d'autre part, l'article 665, qui se réfère à la même hypothèse que l'article 704, est rédigé, sous ce rapport, d'une façon irréprochable et très-nette : « Pourvu, dit-il, que la reconstruction se fasse *avant que la prescription soit acquise.* » Et cette rédaction est d'autant plus décisive, que l'article 665 n'existait pas d'abord dans le projet, lorsque déjà l'article 704 s'y trouvait, et qu'il n'a été ajouté qu'après la correction, qui avait eu lieu dans l'article 706 (Fenet, t. II, p. 118).

3° Les travaux préparatoires du Code témoignent d'ailleurs encore, sous un autre point de vue, de l'intention certaine du législateur. On fut très-frappé, lors de la discussion de nos articles, des inconvénients considérables du système de notre ancien droit, qui suspendait indéfiniment le cours de la prescription extinctive, dans le cas où l'impossibilité de l'exercice de la servitude résultait d'une force majeure; et voilà pourquoi on avait, au contraire, par une de ces réactions que les partis extrêmes amènent presque toujours, limité, dans ce cas, le délai de la prescription à dix ans.

Mais il en résultait une inconséquence choquante; car il arrivait ainsi que la prescription s'accomplissait plus vite contre celui qui avait été empêché d'user de son droit, que contre celui qui, pouvant en user, avait négligé de le faire : contre le premier, par dix ans; contre le second, par trente ans!

Le tribunal d'appel de Grenoble, particulièrement, signala cette contradiction; et il proposa de décider pour l'hypothèse de l'article 704, de même que pour l'hypothèse de l'article 706, que la servitude sera rétablie, à

moins qu'il ne se soit écoulé trente ans de non-usage (Fenet, t. III, p. 551).

Ainsi, c'est bien par la prescription résultant du *non-usage* que le tribunal de Grenoble demande que la servitude s'éteigne, dans le cas d'un obstacle de force majeure qui en empêche l'exercice.

Or, cette proposition du tribunal de Grenoble fut accueillie; et c'est, en effet, presque dans les mêmes termes qu'elle se trouve reproduite par l'article 704 : *à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article* 707.

Donc, il n'est pas douteux que les rédacteurs de notre Code ont entendu déclarer que, dans l'hypothèse de l'article 704, aussi bien que dans celle de l'article 706, la servitude serait éteinte par le non-usage pendant trente ans. Donc, finalement, ce qui éteint la servitude, dans le cas des articles 703 et 704, ce n'est pas directement le changement survenu dans l'état des lieux; ce qui en amène l'extinction au bout de trente ans, c'est le non-usage. Et c'est ce que le tribun Albisson a positivement déclaré au Tribunat, dans l'exposé des motifs de notre titre (Locré, *Législ. civ.*, t. VIII, p. 397).

Mais alors, dit-on, les articles 703 et 704 sont inutiles!

J'aime mieux encore en reconnaître l'inutilité que de les dénaturer, contrairement à leurs termes et à l'intention du législateur, afin de leur donner un sens.

J'ajoute qu'après tout, ils ont cette utilité et ce sens spécial, qu'ils constatent une conséquence de la réalité du droit de servitude (*supra*, n° 971).

4° Dès qu'il est établi que les articles 703 et 704 ne font que consacrer une prescription extinctive de la servitude, la conséquence en est tout naturellement que la prescription est, dans ce cas comme dans tous les autres, soumise aux règles ordinaires sur la suspension et l'interruption.

Et d'abord, quant à la suspension pour cause de minorité ou d'interdiction, nous pouvons dire qu'il y a texte; car l'article 704, en renvoyant aux articles 706 et 707, renvoie par cela même à l'article 710 (aussi bien qu'aux articles 708 et 709), qui en sont la suite et le complément inséparable. Mais, dit-on encore, la suspension pour cause d'incapacité ne peut pas être ici justifiée, puisqu'il s'agit non pas d'un obstacle relatif qui tienne à l'incapacité des personnes, mais d'un empêchement absolu qui résulte de la nature des choses et qui est le même pour tous. On peut répondre que si la loi n'a pas voulu que la prescription courût contre les mineurs, alors même que l'exercice du droit est possible, elle a pu vouloir les en préserver encore *a fortiori*, lorsque cet exercice n'avait pas pu avoir lieu. D'ailleurs, à défaut d'usage de la servitude, leurs représentants pouvant interrompre civilement la prescription, on n'a pas voulu non plus que les incapables fussent victimes de leur négligence à cet égard.

Et ce dernier motif établit en même temps que la prescription peut être, en effet, interrompue en pareil cas, soit par une reconnaissance émanée du propriétaire du fonds servant, soit par une demande en déclaration de servitude, semblable à celle par laquelle il est généralement reconnu que l'on peut agir contre un tiers détenteur en déclaration d'hypothèque. On objecterait, en vain, que nos articles ne supposent pas la possibilité de ce mode d'interruption, et qu'il n'y a, en conséquence, pas d'autre moyen d'empêcher la prescription par *non-usage* que *d'user*. Nous venons de prouver que nos articles eux-mêmes suspendent cette prescription pour cause de minorité; or, s'ils admettent la suspension, ils doivent aussi nécessairement admettre l'interruption; et nous devons d'autant plus le décider ainsi, que telle était également la doctrine de nos anciens auteurs, notamment de Pothier (*Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n°s 17 et

19), et de Domat (*Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. VI, art. 4, à la note; comp. Cass., 30 déc. 1839, Bucy, Dev., 1840, I, 513; Cass. 27 févr. 1844, Vaucher, Dev., 1844, II, 461; Cass., 20 janv. 1845, Pennautier, Dev., 1845, I, 451; Malleville, t. II, p. 153; Delvincourt, t. I, p. 167, notes 11 et 12; Duranton, t. V, nos 654 et suiv.; Pardessus, t. II, n° 296; Gabriel Demante, *Revue de droit franç. et étranger*, t. VII, p. 559 et suiv., Demante, t. II, nos 562 *bis* et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 697, note *a;* Coulon, *Quest. de droit*, t. III, p. 459 et suiv.; Mourlon, *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, t. VI, p. 291, 292; *voy.* aussi notre tome X, n°s 714).

980. — Quel est le point de départ de la prescription résultant du non-usage, dans l'hypothèse de nos articles 703 et 704?

Il semble que la réponse est bien facile; en effet, l'article 704, chose remarquable! se réfère, non pas à l'article 706, qui pose la règle principale de l'extinction de la servitude par le non-usage pendant trente ans, mais à l'article 707, disposition réglementaire, qui ne fait qu'organiser cette règle. Il est évident sans doute que le renvoi fait par l'article 704 à l'article 707, comprend nécessairement le renvoi à l'article 706, puisque l'un n'est que le mode d'exécution de l'autre. Mais on peut en outre prétendre que ce renvoi formel à l'article 707 tranche par cela même le point de savoir quel est, dans le cas des articles 703 et 704, le point de départ des trente ans. Ce renvoi à l'article 707 serait, en effet, entièrement inutile, si l'on n'en concluait pas que le législateur s'est référé aussi, pour ce cas, au point de départ du délai tel qu'il est fixé par cet article; et dès lors il y a lieu de distinguer entre les servitudes discontinues et les servitudes continues, et de déclarer, relativement aux servitudes continues, qu'alors même que les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user, la prescription résultant du non-usage ne court pas néanmoins contre le

propriétaire du fonds dominant, tant que le propriétaire du fonds servant n'a pas fait un acte contraire à la servitude (comp. Gabriel Demante, *loc. supra cit.*, p. 577, note 1).

Il nous serait difficile d'admettre cette solution.

Il en résulterait effectivement que, en réalité, la prescription résultant du non-usage n'éteindrait pas les servitudes continues, dans le cas des articles 703 et 704; car la force majeure qui, en changeant l'état des lieux, en aurait rendu l'exercice impossible, ne laisserait pas le plus souvent au propriétaire du fonds servant le moyen de faire un acte contraire à cet exercice. Et notre honorable collègue, M. Gabriel Demante, le reconnaît aussi lui-même dans l'excellente étude qu'il a faite des articles 703 et 704 : « S'il s'agit, dit-il, d'une servitude continue, il est bien évident que le propriétaire du fonds servant *n'ayant pu faire aucun acte contraire à la servitude*, le propriétaire du fonds dominant aura conservé son droit intact. » (*Loc. supra cit.*)

Or, ce résultat nous paraît tout à fait impossible; et la preuve en est dans l'article 665, qui déclare, sans exiger aucun acte contraire à l'exercice de la servitude, que les servitudes actives et passives qui étaient attachées à une maison détruite, ne se continuent qu'autant que la maison est reconstruite avant que la prescription soit acquise.

Nous établirons d'ailleurs bientôt que si un acte contraire à l'exercice de la servitude continue, est exigé pour que la prescription par le non-usage commence, c'est uniquement pour que le non-usage lui-même commence (*infra*, n° 1009).

Or, le non-usage a commencé, dès que, même par un cas de force majeure (qui n'est pas, comme nous l'avons vu, une cause de suspension), l'usage n'a pas pu avoir lieu;

Donc, la prescription a dû, dès ce moment, commencer à courir.

Il reste, il est vrai, dans notre système, à expliquer ce renvoi de l'article 704 à l'article 707. Mais il se peut que le non-usage de la servitude ait commencé avant l'événement de force majeure, qui en a rendu depuis l'exercice impossible; et, dans ce cas, il résulte du renvoi de l'article 704 à l'article 707, que le point du départ de la prescription serait réglé à compter du jour où le non-usage aura commencé, c'est-à-dire eu égard à la distinction que fait l'article 707 entre les servitudes discontinues et les servitudes continues (comp. Rennes, 18 nov. 1843, Gaucher, Dev., 1844, II, 61; Demante, t. II, n°s 562 *bis*, V, et 566 *bis*; Ducourroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 364).

§ II.

De la confusion.

SOMMAIRE.

981. — Exposition. — Division.
982. — A. Dans quels cas la servitude s'éteint-elle par confusion?
983. — Suite. — Règle générale. — Exemples. — Application.
984. — B. L'extinction, qui résulte de la confusion, est-elle définitive et irrévocable? ou, au contraire, les servitudes ainsi éteintes peuvent-elles revivre, si les deux fonds viennent à se séparer de nouveau?
985. — Suite.
986. — La servitude existant entre le fonds de l'héritier et le fonds héréditaire, renaît-elle, malgré la confusion, si l'héritier cède à un tiers ses droits successifs?
987. — *Quid*, si le propriétaire du fonds servant achète le fonds dominant, sous faculté de rachat?

981. — Aux termes de l'article 705 :

« Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui « elle est due, et le fonds qui la doit, sont réunis dans « la même main. »

Nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose (art. 637); il est donc inévitable que la servitude s'éteigne, lorsque la propriété de l'héritage dominant et celle de l'héritage servant se confondent dans la même main;

et c'est en effet sous ce nom de *confusion*, que l'on désigne ce mode extinctif, qui prend, en matière d'usufruit, le nom particulier de *consolidation* (art. 617 ; comp. L. 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*).

Nous avons à rechercher ici :

A. Dans quels cas la servitude s'éteint par la confusion ;

B. Si la confusion est toujours définitive et irrévocable.

982. — A. Il y a confusion, d'après notre article 705, lorsque les deux fonds dominant et servant sont réunis dans la même main.

Réunis, bien entendu, à titre de propriété et comme n'appartenant plus désormais qu'à un seul maître.

Que le propriétaire du fonds dominant acquière le fonds servant ; ou que le propriétaire du fonds servant acquière le fonds dominant ; ou qu'enfin un tiers devienne acquéreur de l'un et de l'autre, il importe peu.

Il n'y a pas davantage à s'enquérir de l'espèce de *titre*, en vertu duquel cette acquisition s'opère, dès que le titre est translatif de propriété : vente, échange, partage, donation, succession, abandon par le propriétaire du fonds servant au propriétaire du fonds dominant, etc. (art. 711, 712 ; ajout. art. 656, 699, et *supra* n°s 885, 886).

Seulement, bien entendu, il faut que la cause d'acquisition se soit réalisée ; s'il s'agit d'un legs, par exemple, qu'il ait été accepté par le légataire ; et d'une succession, qu'elle ait été acceptée purement et simplement par l'héritier (comp. art. 802).

Encore moins, une simple réunion purement momentanée et provisoire suffirait-elle, comme celle, par exemple, qui s'opère, par l'ouverture de la succession, des biens personnels de l'héritier et d'un bien de la succession légué à un tiers, dont l'héritier doit faire ensuite la délivrance au légataire ; *fundus legatus talis dari debet qualis relictus est* (L. 116, § 4, ff., *De legat.* ; art. 1018).

985. — Pour que la confusion éteigne la servitude, il faut que tout le fonds dominant (*le fonds* à qui elle est due, dit l'article 705), et tout le fonds servant (et *celui* qui la doit), deviennent la propriété de la même personne (dans la même main); il suffirait d'ailleurs qu'une partie du fonds dominant fût réunie au fonds servant, ou réciproquement, si cette partie était seule dominante ou servante, et formait ainsi à elle seule tout le sujet actif ou passif de la servitude.

Il faut, en un mot, que l'événement qui a eu lieu soit tel, que le service, dans lequel consistait la servitude, ne puisse être exercé désormais à titre de servitude : *Totiens servitus confunditur, quotiens uti ea is, ad quem pertineat, non potest.* (L. 15, ff., *Quemadm. servit. amitt.*)

Telle est la règle ; et quelque combinaison que l'on imagine, on trouvera toujours que, en effet, la servitude ne peut s'éteindre qu'autant que la confusion est totale et complète pour l'un et pour l'autre fonds. Cela est tout simple ! L'extinction par confusion ne dérive que de l'impossibilité d'exercer désormais la servitude, comme telle ; donc, il n'y aura pas confusion tant que cette impossibilité n'existera pas.

Voilà, par exemple, trois fonds contigus, A, B, C, appartenant à trois propriétaires différents ; le fonds C a un droit dans le fonds A, un droit de prise d'eau, par exemple, qui s'exerce au moyen d'un canal pratiqué sur le fonds intermédiaire B. Le propriétaire du fonds servant A devient acquéreur du fonds dominant C, ou réciproquement ; la servitude est-elle éteinte par confusion ? Non, répond le jurisconsulte Julien ; car ce n'est encore qu'à titre de servitude sur le fonds B, que l'eau peut parvenir du fonds A sur le fonds C ; et il faudrait, dans cette hypothèse, pour qu'il y eût confusion, que les trois fonds fussent réunis dans la même main, *si tria simul prædia unius domini facta essent* (L. 31, ff., *de Servit. præd. rust.*).

C'est par ce motif qu'il n'y a pas non plus confusion :

1° Lorsque le propriétaire du fonds dominant devient simplement copropriétaire par indivis du fonds servant, ou réciproquement ;

2° Lorsque le propriétaire de l'un des fonds ne devient acquéreur que d'une partie divise de l'autre fonds ; sauf, dans ce cas, à examiner la nature de la servitude pour savoir si elle restera intacte ou si elle sera réduite ; et il pourrait, en effet, y avoir lieu à réduction, si l'objet de la servitude était indivisible, comme si, par exemple, la servitude consistant à prendre dans une forêt le bois nécessaire pour réparer une maison, le propriétaire de la forêt devenait acquéreur d'une partie de la maison (comp. Taulier, t. II, p. 471) ;

3° Lorsque deux propriétaires de deux héritages distincts, qui ont un droit de servitude sur un autre héritage, achètent en commun l'héritage servant.

Mais il en serait autrement, si les deux copropriétaires d'un même fonds auquel une servitude serait due, acquéraient aussi en commun la copropriété du fonds servant, ou réciproquement. Et pourtant encore, faudrait-il, dans ce cas, que leurs parts fussent égales dans l'un et l'autre fonds, *par utriusque domini jus in utroque fundo* (L. 27, ff., *de Servit. præd. rust.*) ; car s'il en était autrement, il est clair que celui qui aurait, par exemple, dans le fonds dominant, une plus grande part de propriété, aurait intérêt au maintien de la servitude (comp. sur ces diverses applications, L. 31, ff., *de Servit. præd. rust.*; L. 15, *Quemadm. servit. amitt.*, L. 8, § 1, ff., *de Servit.*, L. 30, § 1, ff., *de Servit. præd. urb.*, Pardessus, t. II, n°s 299, 300; Toullier et Duvergier, t. II, n° 666, note *a*, Duranton, t. V, n°s 660, 664; Guis, *Revue étrangère et française*, t. VIII, p. 980, 981).

984. — B. L'extinction qui résulte de la confusion, est-elle définitive et irrévocable? Ou, au contraire, les

servitudes ainsi éteintes, peuvent-elles revivre, si les deux fonds viennent à se séparer de nouveau?

Il faut distinguer :

Si la confusion qui a atteint la servitude, est anéantie *in præteritum*, en vertu d'une cause ancienne et nécessaire, l'effet est aussi rétroactivement anéanti avec la cause qui l'avait produit; et alors, quand les deux héritages, d'abord réunis, se séparent en vertu d'une telle cause, la servitude renaît telle qu'elle était avant le fait de leur réunion, sans qu'aucune clause spéciale soit nécessaire à cet effet.

Or, nous avons déjà remarqué ailleurs que cet anéantissement rétroactif de la confusion peut arriver dans quatre circonstances, savoir :

1° Lorsque le titre lui-même d'acquisition est déclaré nul; comme si, par exemple, le testament qui avait conféré au propriétaire du fonds servant la propriété du fonds dominant, est déclaré nul;

2° Lorsqu'il est résolu par l'accomplissement d'une condition quelconque (art. 1183, 1673, 1681, etc.);

3° Lorsqu'il est rescindé pour cause d'incapacité, pour vice de consentement ou pour toute autre cause (art. 1117, 1304);

4° Enfin, lorsque l'acquéreur subit une éviction, par suite de laquelle il est dépouillé; et c'est ainsi que l'article 2177 dispose que :

« Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur « avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent « après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui. » (Comp. notre tome X, n° 687; Delvincourt, t. I, p. 167, note 2; Duranton, t. V, n°s 666, 671; Pardessus, t. II, n° 300; Solon, n° 494.)

985. — Si, au contraire, la séparation des deux héritages s'opère en vertu d'une cause nouvelle, alors la confusion n'étant pas détruite *in præteritum*, conserve les effets qu'elle a produits; la servitude éteinte ne revit donc

pas; et il faudrait une nouvelle cause d'établissement de servitude pour que l'un des fonds pût être de nouveau grevé envers l'autre; *et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est* (L. 30, princ., ff., *de Servit. præd. urb.*).

Cette cause serait, suivant les cas :

Soit une clause expresse (un titre); et notez qu'il ne suffirait pas alors pour faire revivre la servitude, de déclarer que le fonds est vendu avec ses charges; car cette charge n'existait plus, *nulla enim habuit* (L. 30, ff., *Comm. præd.*);

Soit la destination du père de famille; et ce dernier mode d'établissement peut se réaliser en effet assez souvent dans cette hypothèse, lorsqu'on a laissé subsister les signes apparents de l'ancienne servitude qui a été éteinte par confusion (art. 694; comp. Argou, *Inst. du dr. franç.*, liv. II, chap. VII; Lalaure, liv. I, chap. XII, p. 58; Duranton, t. V, n° 665; Pardessus, t. II, n° 300; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 365).

986. — Un héritier avait un fonds à lui propre, au profit duquel existait une servitude sur l'un des fonds de la succession, qu'il a acceptée purement et simplement; ou *vice versa*, c'était l'un des fonds héréditaires qui avait une servitude sur le fonds propre de l'héritier.

Cet héritier cède à un tiers ses droits successifs.

La servitude revivra-t-elle, activement ou passivement, entre le fonds de l'héritier et le fonds de la succession?

Nous supposons, bien entendu, qu'il n'en a été rien dit dans l'acte de cession, lequel comprend *l'hérédité sans en spécifier les détails* (art. 1696).

Oui, disent les uns, la servitude doit revivre de plein droit; le cessionnaire de droits successifs ne doit avoir, en effet, ni plus ni moins que ce qui existait dans la succession; car il est substitué au lieu et place de l'héritier, *ut quasi tu hæres videaris* (comp. L. 9, ff., *Comm. præd.*; art. 1698, C. Napol.; Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 32;

Toullier, t. II, n° 669; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n° 2095).

Non, répondent les autres; car, il n'y a ici aucune résolution du titre de l'héritier, ni par conséquent de la cause qui a produit la confusion; et la séparation des deux héritages s'opère évidemment en vertu d'une cause nouvelle, à savoir : la vente des droits successifs consentie par l'héritier, qui ne peut les vendre précisément que parce qu'il a accepté la succession (art. 780; comp. Solon, n° 497; Massé et Vergé sur Zachariæ, t II, p. 209, note 3).

Cette dernière proposition nous paraît incontestable.

Mais faut-il en déduire que la servitude en effet ne peut revivre, activement ou passivement, qu'au moyen d'une stipulation formelle dans l'acte de cession? on ne saurait le prétendre dans tous les cas; et la question proposée doit, suivant nous, se résoudre par une distinction :

S'agit-il d'apprécier l'effet de la cession des droits successifs entre le cédant et le cessionnaire? les servitudes actives ou passives doivent être rétablies, *restitui in pristinum statum* (L. 9, ff., *Comm. præd.*).

S'agit-il de l'apprécier, au contraire, à l'égard des tiers qui auraient intérêt à se prévaloir de la confusion qui a eu lieu? alors, la servitude ne saurait renaître par l'effet de la cession. Supposez, par exemple, que l'héritier, après son acceptation et avant la vente de ses droits successifs, a aliéné l'héritage qui lui était propre; cet héritage étant entré dans les mains de l'acquéreur après la confusion accomplie, n'était plus ni dominant ni servant; et il ne peut pas dépendre de l'héritier, par son fait personnel, de faire renaître ensuite la servitude soit dans l'intérêt, soit au préjudice de l'acquéreur.

Tel nous paraît être le véritable sens de la loi 9, ff.; *Comm. præd.*; et voilà ce que remarquait fort judicieusement aussi Bannelier, en citant la maxime déjà accréditée autrefois, que la servitude existant entre le fonds de l'hé-

ritier et le fonds héréditaire, renaît malgré la confusion, si l'héritier cède à un tiers ses droits successifs : « maxime, dit-il, qui ne s'entend que du cédant ou vendeur à l'acquéreur ou cessionnaire vis-à-vis l'un de l'autre, et non pas relativement à des tiers. » (Sur Davot, t. II, p. 160; comp. aussi Lalaure, liv. I, chap. XII, disc. 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 366.)

987. — Duranton suppose cette espèce :

Primus, propriétaire du fonds A, qui est grevé d'une servitude au profit du fonds B, achète le fonds B, sous la faculté de rachat pour le vendeur.

Au moment de la vente, il y avait déjà vingt-huit ans que la servitude n'était pas exercée.

Ce n'est que trois ans après la vente, que le vendeur use de la faculté de rachat.

On demande si le vendeur recouvrera son immeuble avec la servitude active, qui lui appartenait sur le fonds propre de l'acquéreur?

Non, répond notre savant collègue; la servitude a péri par le non-usage pendant trente ans (art. 706), savoir : vingt-huit ans avant la vente, et deux ans depuis (t. XVI, n° 411; ajout. Coulon, *Quest. de droit*, t. III, p. 407).

Cette doctrine ne nous paraît pas conforme aux principes :

Aux termes de l'article 705, la servitude était *éteinte* par la réunion, dans la même main, du fonds dominant et du fonds servant; or, si la servitude était éteinte, il n'était plus possible au vendeur, qui avait d'ailleurs perdu la propriété du fonds, d'exercer une servitude quelconque.

Il est vrai que par l'exercice de la faculté de rachat, la servitude doit revivre; mais cela tient au principe que l'acquéreur à réméré doit rendre au vendeur l'immeuble tel qu'il l'a reçu; or, précisément, il ne le rendrait pas tel qu'il l'a reçu, s'il soutenait que la servitude ne doit plus exister.

On objecte que le vendeur avait un droit conditionnel et que rien ne l'empêchait d'exercer des actes conservatoires de la servitude, aux termes de l'article 1180.

Nous ferons deux réponses :

D'une part, l'acquéreur a été lui-même, pendant la durée de son droit de propriété, le représentant et le gardien de l'immeuble; et il serait responsable, par exemple, de la perte des servitudes qui étaient dues à cet immeuble par le fonds d'un tiers, si, en connaissant l'existence, il les avait laissées périr par non-usage; or, si l'acquéreur répondait de la perte de la servitude par le non-usage, *a fortiori* ne peut-il pas invoquer lui-même le non-usage contre le vendeur !

D'autre part, le droit du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur était suspendu par une condition résultant d'un contrat qui leur était commun ; or, d'après l'article 2257, la prescription ne court pas contre un droit suspendu par une condition jusqu'à ce que la condition arrive.

La doctrine de Duranton ne serait donc tout au plus admissible qu'à l'égard des tiers auxquels l'acquéreur sous pacte de rachat aurait transmis l'un des fonds. Nous reviendrons d'ailleurs plus tard sur cette thèse, lorsque nous apprécierons l'effet des conditions, suspensives ou résolutoires, soit à l'égard des parties contractantes, soit à l'égard des tiers (comp. Duvergier, *de la Vente,* t. II, n° 66; Troplong, *de la Vente,* t. II, n° 737).

§ III.

Du non-usage.

SOMMAIRE.

988. — Exposition.
989. — Division.

988. — Le non-usage, que nous avons déjà rencontré comme mode d'extinction de l'usufruit (art. 617), n'est autre chose qu'une prescription libératoire, par l'effet de

laquelle le fonds qui devait la servitude, s'en trouve désormais affranchi; il repose sur une présomption de remise ou d'abandon de la part du propriétaire, peut-être aussi sur une sorte de peine infligée à sa négligence; et, comme dans tous les cas, il atteste le peu de nécessité ou même d'utilité de la servitude, et que la libération des héritages est favorable, il n'y a rien d'excessif à déclarer déchu de la servitude, celui qui a été pendant si longtemps sans l'exercer. C'est précisément ce que disait l'empereur Dioclétien en ces termes : *Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum jus minime consecutus est, sua pœnitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.* (L. 14, princ., ff., *de Servit. et aquæd.*)

Quel que soit, d'ailleurs, le fondement philosophique et doctrinal de cette prescription, ce qui est certain, c'est qu'elle est bien et dûment extinctive et qu'elle n'admet pas la preuve d'une intention contraire (art. 706, 2219; *supra*, n° 979, et notre tome X, n° 689).

989. — Le non-usage peut :

Soit éteindre tout à fait la servitude (art. 706);

Soit la restreindre seulement et la modifier (art. 708).

Les règles générales qui gouvernent la prescription résultant du non-usage, sont les mêmes dans l'un et l'autre cas.

Toutefois, la modification des servitudes par le non-usage est régie par quelques principes particuliers, qui exigent des explications spéciales.

En conséquence, nous nous occuperons :

D'abord, des règles générales sur l'extinction des servitudes par le non-usage;

Et, en second lieu, des règles spéciales sur la modification, que le non-usage peut apporter à l'exercice des servitudes.

N° 1.

De l'extinction des servitudes par non-usage.

SOMMAIRE.

990. — Division.

990. — Deux points principaux doivent être ici l'objet de notre examen :

A. Dans quels cas y a-t-il lieu à l'extinction des servitudes par le non-usage?

B. Quelle est la durée de cette prescription? et quel en est le point de départ?

A. *Dans quels cas y a-t-il lieu à l'extinction des servitudes par non-usage?*

SOMMAIRE.

991. — Toutes les servitudes, quelles qu'elles soient, peuvent s'éteindre par le non-usage.
992. — Non-seulement le non-usage éteint les servitudes dont l'usage avait déjà eu lieu; mais il éteint aussi celles dont l'usage n'a jamais commencé. — Exemples.
993. — Suite.
994. — *Quid*, si un titre m'accordant le droit d'ouvrir sur votre fonds autant de fenêtres et à telle place que je voudrais, je n'en ai ouvert que deux dans les trente ans? puis-je ensuite, lorsque mon titre a plus de trente ans de date, ouvrir encore de nouvelles fenêtres ou changer l'état des choses existant?
995. — Il n'est pas nécessaire que la servitude ait été exercée par le maître du fonds dominant lui-même; l'usage qui en a été fait par un usufruitier, un fermier ou même par un tiers quelconque, empêche la prescription.
996. — A plus forte raison, la servitude est-elle conservée par l'usage qu'en fait l'un des copropriétaires du fonds dominant indivis.
997. — Suite. — Faut-il distinguer sous ce rapport entre les servitudes dont l'émolument est divisible et les autres?
998. — Suite.
999. — Comment concilier les articles 709 et 710 avec l'article 883?
1000. — Les articles 709 et 710 ne sont applicables qu'aux cas où l'héritage dominant est indivis.

991. — Aux termes de l'article 706 :

« La servitude est éteinte par le non-usage pendant « trente ans. »

La servitude, c'est-à-dire toute servitude, comme dans le cas de l'article 705. Il n'y a, en effet, aucune distinction à faire ici entre les unes et les autres; et tandis que la prescription acquisitive ne s'applique qu'aux servitudes continues et apparentes (art. 690), la prescription extinctive s'étend à toutes les servitudes, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes; la raison en est simple : c'est que la prescription extinctive n'exige qu'une seule condition, à savoir : le non-usage, et que cette condition peut se réaliser pour toutes les servitudes sans distinction (art. 707); à la différence des conditions requises pour la prescription acquisitive, que l'on ne rencontre que dans les servitudes continues et apparentes (art. 186 de la cout. de Paris).

992. — Et non-seulement le non-usage éteint les servitudes, dont l'usage avait déjà eu lieu,

Mais il éteint aussi, *a fortiori* (si l'on peut même, en ce cas, se servir de ce mot : éteindre), celles dont l'usage n'aurait pas été commencé.

Un titre, par exemple, me concède le droit de puiser de l'eau à votre fontaine, ou de pratiquer dans ma maison des fenêtres donnant directement sur votre héritage.

Trente ans s'écoulent sans que j'aie exercé une seule fois le puisage, et sans que j'aie ouvert une seule fenêtre sur votre fonds.

Mon droit est désormais éteint par la prescription.

Car, d'une part, l'article 706 (ni l'article 707) ne distingue pas entre le cas où la servitude a déjà été exercée et le cas où elle ne l'a pas été;

D'autre part, aux termes de l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans; de telle sorte que lors même qu'on ne voudrait voir dans la servitude non encore exercée, qu'une simple promesse engendrant seulement un *jus ad rem* (ce

qui serait d'ailleurs inexact dans notre droit, art. 711, 1138), il y aurait encore prescription (*voy.* aussi notre tome X, n° 492).

Et même, dans ce cas, lorsque la servitude, concédée mais non encore exercée, est continue, il n'est pas nécessaire qu'il ait été fait un acte contraire à son exercice pour que la prescription commence à courir. Il est évident que l'article 707, qui exige un acte contraire, suppose que la servitude continue est déjà en exercice; car il serait bien impossible de faire un acte contraire à l'exercice d'une servitude, qui ne s'exerce pas, et qui, dans l'état des choses, ne peut pas s'exercer, puisque les travaux nécessaires à cet effet n'existent pas. C'est alors l'extinction, non pas véritablement d'une servitude, mais de la faculté conventionnelle de pratiquer des ouvrages afin d'en exercer une (comp. Limoges, 22 mars 1811, Laroche, Sirey, 1811, II, 253; Caen, 5 avril 1837, Travert, *Rec. de Caen*, t. I, p. 408; Caen, 26 mai 1841, Boessée, *Rec. de Caen*, t. V, p. 162; Rennes, 18 nov. 1843, Gaucher, Dev., 1844, II, 461; Cass., 2 juill. 1862, comm. de Bareilles, Dev., 1862, I, 1041; Cass., 14 déc. 1863, Gibbal, Dev., 1864, I, 77; Pardessus, t. II, n° 310; Belime, n° 160; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 211, note 6).

993. — Il n'en serait autrement que dans le cas où le droit de servitude ou plutôt alors la promesse d'une constitution future de servitude, n'aurait été consentie que pour n'être réalisée qu'après un certain terme déterminé ou indéterminé; comme si, par exemple, je vous avais concédé le droit de passer par l'allée de la maison que je suis en train de construire, ou d'y appuyer vos poutres; la prescription alors ne commencerait à courir qu'à partir du jour où ma maison étant construite, la servitude de passage ou d'appui aurait pu être exercée, d'après notre convention elle-même (comp. L. 18, § 2, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; art. 2257, C. Napol.; Pardessus, t. II, n° 310).

Et encore, faudrait-il qu'il apparût bien clairement, en cas pareil, qu'effectivement la constitution de la servitude a été faite à terme.

994. — Mais supposons ceci :

Mon titre m'accorde le droit d'ouvrir dans ma maison des fenêtres donnant directement sur votre fonds, autant de fenêtres que je voudrai, de telle dimension et à telle place qu'il me conviendra de choisir.

J'en ai ouvert deux de telle dimension et à telle place, avant l'expiration de trente ans, depuis la date de mon titre.

Mais ces trente ans sont maintenant expirés.

Puis-je encore ouvrir d'autres fenêtres, ou changer la place et les dimensions de celles que j'ai déjà pratiquées ?

Il s'est formé, sur cette difficulté, trois opinions :

1° La première répond que je ne puis plus ouvrir de nouvelles fenêtres ni changer l'état de choses existant ; car, dit-elle, en ce qui concerne les nouvelles fenêtres que je veux ouvrir, mon titre a plus de trente ans ; donc, il est prescrit ; donc, j'ai perdu le droit d'ouvrir des fenêtres, en vertu de ce titre (comp. trib. civ. de Caen, 24 mars 1836, Gony, *Rec. de Caen*, t. I, p. 409 ; et 14 juin 1837, Delaunay, Dev., 1839, II, 298 ; Toullier, t. II, n° 661 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 369, note 1).

Cette doctrine ne serait, suivant nous, admissible qu'autant qu'il résulterait du titre constitutif que, d'après l'intention commune des parties, la détermination du mode d'exercice de la servitude aurait dû se trouver fixée, une fois pour toutes, par l'exécution ; comme si on reconnaissait qu'en vous concédant le droit d'ouvrir des fenêtres dans la maison que vous construisiez, nous avons entendu qu'une fois la maison construite, avec les fenêtres que vous aurez voulu y ouvrir, le droit résultant du titre sera désormais épuisé ; et telle est sans doute

l'hypothèse dans laquelle se place Toullier, lorsqu'il dit qu'une fois les édifices achevés, la possession et l'état des lieux déterminent l'étendue de la servitude (*loc. supra cit.*).

Mais nous ne saurions admettre cette doctrine, lorsqu'il résulte, au contraire, du titre, que le droit d'ouvrir des fenêtres sur le fonds voisin m'a été accordé de la manière la plus illimitée, et même *in futurum*, après la construction de ma maison, et pour les nouvelles fenêtres que je voudrais y ouvrir, et pour les nouvelles constructions que je voudrais faire.

2° La seconde opinion, extrême en sens inverse, soutient que dans ce cas, j'ai toujours, et à quelque époque que ce soit, le droit d'ouvrir de nouvelles fenêtres : « Ainsi, dit Marcadé, quand mon titre me concède, d'une manière absolue, tout droit de vue sur votre terrain, je pourrai, après n'avoir eu pendant vingt, trente ou quarante années, que trois fenêtres à ma maison, en percer une quatrième, ou bâtir une seconde ou une troisième maison, dont les vues seront également prises sur votre propriété. » (T. II, n° 668 sur l'article 702; ajout. Delvincourt, t. I, p. 165, note 2.)

3° Enfin, d'après la troisième opinion, que, pour notre part, nous croyons devoir proposer, de nouvelles fenêtres peuvent être ouvertes plus de trente ans après la date du titre, pourvu qu'il ne se soit pas écoulé trente ans depuis l'ouverture des fenêtres qui ont déjà été pratiquées :

Et d'abord, disons-nous, on peut encore pratiquer de nouvelles fenêtres plus de trente ans après la date du titre.

En effet, le titre ayant été exécuté dans les trente ans de sa date par l'ouverture des fenêtres qui ont été pratiquées, a été maintenu avec le droit qu'il conférait; or, il conférait (nous le supposons) le droit d'ouvrir autant de fenêtres que l'on voudrait; donc, on peut encore en ouvrir autant que l'on voudra.

Mais nous disons, en second lieu, qu'on ne pourra plus, au contraire, ouvrir de nouvelles fenêtres, s'il s'est écoulé trente ans depuis l'ouverture de celles qui ont été pratiquées.

En effet, le droit que confère ce titre, c'est celui *d'ouvrir* autant de fenêtres que l'on voudra. Le titre ne crée pas, *hic et nunc*, par lui-même, une servitude de jour ou de vue, qui soit continue et apparente, et qui ne puisse se perdre qu'autant qu'il serait fait des actes contraires à son service. Encore une fois, le droit qui résulte de ce titre, c'est la faculté de pratiquer de nouveaux ouvrages pour augmenter le nombre des fenêtres; c'est, en un mot, le droit ou plutôt la faculté conventionnelle d'en ouvrir encore *in futurum;* or, cette faculté n'ayant pas été exercée dans les trente ans depuis la dernière ouverture des fenêtres, le titre est désormais prescrit (art. 2262).

On objecterait en vain que c'était, de la part du propriétaire du fonds dominant, un acte de pure faculté que d'ouvrir deux ou trois fenêtres seulement, ou d'en ouvrir davantage, puisque son titre lui laissait, à cet égard, toute liberté. Oui, son titre! mais précisément, les facultés conventionnelles, celles qui résultent d'un *titre*, ne sont pas ces *actes de pure faculté*, dont l'article 2232 déclare qu'ils n'engendrent aucune prescription; ce sont des *droits*, au contraire, parfaitement prescriptibles (comp. Dunod, *des Prescript.*, part. I, chap. XII, p. 90; Caen, 1er mars 1839, Delaunay, Dev., 1839, II, 298; Pardessus, t. I, n° 56, et t. II, n° 310; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 211, n° 7).

995. — Il est évident qu'il n'est pas nécessaire, pour que la servitude ne périsse pas par le non-usage, qu'elle soit exercée par le propriétaire du fonds dominant lui-même ou par les siens.

L'usage qui en est fait par l'usufruitier, par l'usager, par l'emphytéote ou le fermier, la conserve certainement au fonds (art. 597).

De même que réciproquement la servitude s'éteindrait par le non-usage, si l'usufruitier, le fermier, etc., ne l'exerçaient pas ; car ils représentent, à cet effet, le propriétaire (comp. Cass., 15 nov. 1841, Dolter, Dev., 1842, II, 166; Pardessus, t. II, n° 307 ; Taulier, t. II, p. 469).

Il en est de même du possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi.

Il suffit enfin que la servitude ait été exercée, à l'occasion du fonds, par un ouvrier, par un ami, par un étranger même, qui se serait servi, par exemple, du passage pour venir faire une visite, *ad visitandum dominum ;* car, dit fort bien le jurisconsulte Delsus, *satis est fundi nomine itum esse* (comp. L. 5 et 6, princ., 20, 21, 22 et 23, ff., *Quemadm. servit. amitt. ;* et notre tome X, n° 694).

996. — A plus forte raison, la servitude est-elle conservée par l'usage qu'en fait l'un des copropriétaires du fonds dominant, lorsqu'il est indivis entre plusieurs, *per socium* (L. 5, *supra cit.*).

Alors la servitude est, en effet, conservée pour tout le fonds et pour chacun des communistes, par un double motif :

D'abord, parce que celui qui l'a exexcée, est réputé l'avoir exercée au nom de ses communistes, qui sont ainsi réputés en avoir usé eux-mêmes par son ministère (arg. de l'article 1859);

Ensuite, parce que la servitude ayant été conservée pour l'un d'eux, a été par cela même, dans tous les cas nécessairement, à raison de son indivisibilité, conservée pour tous les autres.

C'est sur ces motifs que reposent les articles 709 et 710, qui sont ainsi conçus :

Article 709 : « Si l'héritage, en faveur duquel la ser-
« vitude est établie, appartient à plusieurs par indivis,
« la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard
« de tous. »

Article 710 : « Si, parmi les copropriétaires, il s'en « trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, « comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les « autres. » (Ajout. L. 10, princ., ff., *Quemadm. servit. amitt.*; art. 2252.)

Il est permis de croire que les rédacteurs du Code Napoléon, en plaçant ainsi ces deux dispositions à la suite l'une de l'autre, leur ont assigné à toutes les deux la même cause, à savoir : l'indivisibilité de la servitude; et cette cause, en effet, suffit pour les expliquer et les justifier ; c'est l'application de la maxime de Dumoulin : *minor relevat majorem in individuis* (*voy.* aussi Pothier, note 2 sur l'article 226 de la cout. d'Orléans; Merlin, *Rép.*, v° *Prescript.*, sect. 1, § 7, art. 2, quest. 2, n° 10; et *Quest. de droit*, v° *Prescript.*, § 14).

Alors, en effet, c'est-à-dire dans le cas d'indivision, les droits de chacun des communistes se retrouvant mêlés et confondus sur chacune des portions du fonds dominant, même subdivisé à l'infini, il est impossible de comprendre comment la servitude, qui est due à toutes les portions de ce fonds, pourrait être conservée pour les uns et perdue pour les autres.

997. — Il serait certainement impossible de comprendre un tel résultat, lorsqu'il s'agit d'une servitude, sous tous les rapports, indivisible, comme par exemple, un droit de passage (L. 6, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*).

Mais, dira-t-on, rien ne s'y opposerait, dans le cas, au contraire, où il s'agirait d'une servitude dont l'émolument serait divisible; comme, par exemple, si la servitude consistait à prendre, dans le fonds voisin, trois voitures de sable ou de marne, ou trois hectolitres d'eau par mois ou par semaine, etc.

Pourquoi, dans de telles hypothèses, le droit ne serait-il pas conservé seulement au profit de celui des copropriétaires du fonds dominant, qui a seul usé de la servi-

tude, ou de celui contre lequel, à raison de sa minorité ou de son interdiction, la prescription n'a pas pu courir ?

Cette objection prouve que l'on aurait pu faire, à cet égard, des distinctions.

Mais ce qui est certain, c'est que notre législateur n'en a fait aucune ; car les termes absolus de nos articles 709 et 710 s'appliquent à toutes les servitudes, que l'émolument en soit ou n'en soit pas divisible (comp. Demante, t. II, n° 568 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 371 ; Marcadé, art. 710, n° 675).

998. — Et il faudrait maintenir cette solution dans le cas même où celui des copropriétaires qui a seul usé de la servitude dont l'émolument est divisible, n'en aurait usé que pour une part proportionnelle à la fraction indivise de son droit dans la propriété du fonds dominant.

Voilà, par exemple, un fonds indivis qui appartient par tiers à trois copropriétaires ; et ce fonds a le droit de prendre à la fontaine du voisin trois tonnes d'eau par semaine.

L'un des trois copropriétaires a pris, pendant trente ans, une seule tonne d'eau; et les deux autres n'ont pas usé du tout de la servitude.

Cette servitude a été modifiée, pour tous les trois, par le non-usage, et restreinte, en conséquence, à une seule tonne (art. 708).

Mais, telle qu'elle est restée, la servitude appartient encore à tout le fonds ; et les deux copropriétaires qui n'en ont pas usé, ont toujours droit, comme copropriétaires, aux deux tiers de la tonne d'eau qui reste encore due ; ou plutôt cette tonne d'eau est encore due à tout le fonds et à chacune de ses parties.

Celui qui a seul usé de la servitude ne serait pas fondé à vouloir s'approprier à lui seul l'émolument qu'il a conservé par son usage :

1° Parce que le texte des articles 709 et 710 résiste absolument à toute distinction de ce genre;

2° Parce qu'il a usé, en vertu d'un titre commun, et par conséquent au nom de ses deux autres copropriétaires aussi bien qu'en son propre nom; ou mieux encore, parce qu'il a usé au nom de l'héritage dominant lui-même (comp. Cass., 16 mai 1826, Roig., D., 1826, I, 303; Pardessus, t. II, nos 187 et 303; Marcadé, art. 709, n° 675).

999. — L'article 710, combiné avec l'article 883, fait naître une difficulté fort sérieuse.

Un immeuble faisant partie d'une succession indivise entre Primus et Secundus, a une servitude de passage sur le fonds du voisin.

Primus était mineur, et Secundus majeur.

On procède au partage; et l'immeuble tombe au lot de Secundus.

Ensuite, lorsque Secundus veut exercer son droit de passage, le propriétaire du fonds servant lui oppose que, pendant trente ans, la servitude n'a pas été exercée et qu'elle est, par conséquent, éteinte, aux termes de l'article 706.

Secundus répond que, sur ces trente ans, il y en a six (depuis l'ouverture de la succession jusqu'au partage), pendant lesquels la prescription n'a pas pu courir, parce que l'immeuble appartenait par indivis à un mineur (Primus) et à un majeur; et il invoque l'article 710.

Le propriétaire du fonds servant réplique, à son tour, en invoquant l'article 883, qui est ainsi conçu :

« Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et im-
« médiatement à tous les effets compris dans son lot ou
« à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la pro-
« priété des autres effets de la succession. »

Et il en conclut que la prescription a pu s'accomplir contre Secundus.

Que faut-il décider ?

La Cour de cassation a jugé plusieurs fois, en cassant les arrêts des Cours impériales qui avaient consacré la doctrine contraire, que c'est l'article 883 qui doit alors l'emporter sur l'article 710 :

« Attendu que c'est d'une manière générale et absolue que l'article 883 déclare que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ;

« Attendu que, par une conséquence nécessaire de ce principe, chaque cohéritier ou copartageant possède les biens qui lui sont échus en partage comme s'il les avait directement et spécialement reçus de la loi ou des dispositions du defunt, au moment même de l'ouverture de la succession ; que dès lors, la propriété qui lui est conférée à partir de cette ouverture, est aussi pleine et aussi entière que si ces biens n'avaient jamais été l'objet d'une propriété et d'une possession commune, avant le partage ; que s'il était permis d'invoquer cette possession commune, afin de déterminer les droits des héritiers sur les biens de la succession qui n'auraient pas été compris dans le lot qui leur est échu, on ne pourrait plus dire, avec l'article 883, que chacun d'eux est censé avoir succédé seul et immédiatement à ceux qu'il a reçus par le partage, puisqu'il y aurait alors évidemment un intervalle de temps pendant lequel ils n'auraient pas été propriétaires exclusifs de ces biens ; qu'ainsi la présomption résultant de l'article 883, est inconciliable avec un droit de propriété en faveur des cohéritiers, pour ce qui concerne les objets non compris dans leur lot respectif, pendant tout le temps qui a précédé le partage. » (Cass., 2 déc. 1845, Auquet, Dev., 1846, I, 21) ;

« Attendu que ceux des cohéritiers qui étaient alors mineurs (pendant l'indivision), sont censés, d'après l'article 883, n'avoir jamais eu la propriété des deux immeubles dont il s'agit, et qu'ainsi le privilége de minorité,

qui leur appartenait d'après l'article 2252, n'a pu empêcher le cours de la prescription à l'encontre des immeubles qui sont censés aujourd'hui leur avoir toujours été étrangers;

« Attendu que l'article 710 statue pour le cas d'une copropriété permanente et définitive, et non pour celui d'une simple indivision transitoire qui a cessé, et que ce dernier cas est celui de l'article 883, qui est fait uniquement pour régler les effets d'un partage dont l'article 710 ne pouvait ni ne devait s'occuper; attendu que ces deux articles 883 et 710 doivent être appliqués chacun pour les cas qu'ils ont voulu régler; attendu que l'article 883, en proclamant la rétroactivité des partages, en détermine le caractère essentiel, qui est de rattacher immédiatement à la personne du défunt la personne de l'héritier copartageant, en faisant abstraction de l'époque intermédiaire entre l'ouverture de la succession et son partage. » Cass., 29 août 1853, Lefèvre, D. 1854, I, 707.)

Nous croyons, au contraire, que la servitude qui a été conservée à l'immeuble pendant l'indivision, soit par l'usage qu'en a fait un seul des copropriétaires, soit par l'effet de la minorité ou de l'interdiction de l'un deux, doit être, en effet, conservée à cet immeuble, après le partage, lors même qu'il serait échu, dans le premier cas, à celui des propriétaires qui n'auraient pas usé de la servitude; et, dans le second, à celui des propriétaires qui n'était ni mineur ni interdit.

Telle est notre thèse; et nous espérons pouvoir la démontrer :

1° Aux termes de l'article 709, la jouissance de l'un des copropriétaires empêche la prescription à l'égard de tous; et il ne nous paraît pas contestable que la servitude, conservée par l'usage d'un seul des copropriétaires, continue d'appartenir au fonds dominant, lors même qu'il tombe, par l'effet du partage, dans le lot du copropriétaire majeur, qui pendant l'indivision n'en a pas usé;

Or, l'article 710 qui fait suite et se lie à l'article 709, est évidemment l'expression du même principe ; le législateur a déclaré que la minorité des copropriétaires équivaudrait à la jouissance que l'un d'eux aurait eue de la servitude ; et notez que cette assimilation a en effet toujours eu lieu dans notre matière : « les servitudes étant individues, disait Davot, si elles sont dues à plusieurs propriétaires d'un même fonds, *le fait* de l'un les conserve entières, et *le privilége* de l'autre empêche la prescription à l'égard de tous. » (T. II, p. 161, 162.)

Donc, puisque, d'une part, les articles 709 et 710 expriment une seule et même règle, dont les conséquences ne sauraient être différentes ; et puisque, d'une part, la jouissance de l'un des copropriétaires dans le cas de l'article 709, conserve la servitude au fonds dominant, même lorsque le partage attribue ce fonds à celui des copropriétaires qui n'en a pas usé, il faut nécessairement décider aussi que la minorité de l'un deux conserve également la servitude, lors même que le fonds dominant échoit, par le partage, au copropriétaire contre lequel la prescription aurait pu courir.

L'arrêt de la Cour de cassation précité (du 2 décembre 1845) semblerait aller jusqu'à dire que, même dans le cas de l'article 709, la jouissance de l'un des copropriétaires pendant l'indivision ne profite pas à l'autre qui n'a pas joui de la servitude, si le partage attribue le fonds dominant à celui-ci ; l'arrêt déclare, en effet, qu'après le partage, *il n'est pas permis d'invoquer la possession commune*, qui a eu lieu pendant l'indivision, et que celui au lot duquel l'immeuble est échu, en a la propriété aussi entière que si cet immeuble *n'avait jamais été l'objet d'une possession commune avant le partage.*

Mais une telle proposition nous paraît tout à fait inadmissible. Comment ! si la servitude avait été exercée par un fermier, par un domestique, elle aurait été conservée au fonds, pour quiconque, par le partage, en deviendrait

propriétaire; et elle n'aurait pas été conservée de même, lorsqu'elle a été exercée *per socium*, par l'un des copropriétaires au nom des autres, et dans l'intérêt de la chose commune? Cela est impossible.

Évidemment donc, dans le cas de l'article 709, la servitude conservée pendant l'indivision, par la jouissance de l'un, est conservée, d'une façon absolue, à l'immeuble lui-même et pour celui, quel qu'il soit, des copropriétaires auquel le partage l'attribuera.

Donc, évidemment aussi, dans ce cas, l'article 883, avec sa fiction rétroactive, n'efface pas la *possession commune*, qui a lieu pendant l'indivision; donc, on ne peut pas dire qu'il n'est pas *permis d'invoquer cette possession commune après le partage*.

Or, nous le répétons, si telle est la conséquence de l'article 709, telle doit être inévitablement aussi la conséquence de l'article 710.

2° Et remarquez, en effet, que les termes de l'article 710 sont aussi expressifs pour le moins, que les termes de l'article 709.

Tandis que l'article 709 dispose que la *jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous*, l'article 710 déclare, non moins énergiquement sans doute, que si, parmi les copropriétaires, il se trouve un mineur, *il aura conservé le droit de tous les autres*.

Conservé le droit de tous les autres, rien de plus absolu! conservé donc, non pas d'une manière éventuelle et provisoire, de telle sorte que la conservation de la servitude soit subordonnée à l'événement ultérieur du partage; car s'il en était ainsi, le mineur n'aurait, au contraire, conservé que son propre droit; et lorsqu'on déclare qu'il a conservé le droit de tous les autres, cela veut dire que la servitude est conservée à l'immeuble lui-même, et qu'au moment du partage, l'immeuble doit entrer dans la composition des lots, avec la servitude, qui lui a été conservée, *cum sua causa;* or, si au moment

du partage, la servitude appartient encore à l'immeuble, si l'immeuble doit être estimé en conséquence, eu égard à la plus-value que cette servitude lui donne, il est impossible que le partage ait pour résultat de détruire rétroactivement cette servitude; car cette conservation de la servitude n'était nullement provisoire ni conditionnelle; et on ouvrirait ainsi d'ailleurs, après le partage, des recours en garantie du majeur contre le mineur; recours par suite desquels le mineur se trouverait privé lui-même par contre-coup, du bénéfice de l'article 710.

3° L'arrêt précité de la Cour de cassation (du 29 août 1853) déclare que *l'article* 710 *statue pour le cas d'une copropriété permanente et définitive, et non pour celui d'une simple indivision transitoire, qui a cessé, et que ce dernier cas et celui de l'article* 883....

Nous avouerons qu'il nous est difficile de nous rendre compte de ce motif.

D'abord, les termes généraux et absolus de nos deux articles résistent à toute distinction de ce genre; et ils s'appliquent nécessairement à tous les cas *où l'héritage, en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis....*

En second lieu, l'indivision, la copropriété, n'est jamais considérée par le législateur, pas plus qu'elle n'est dans la pratique, comme une situation *permanente et définitive;* elle est, au contraire, toujours un état *transitoire*, qui cesse un peu plus tôt ou un peu plus tard, par le partage; et l'effet du partage est, en général, le même, quelle que soit la cause d'où procède l'indivision (comp. art. 883, 1476, 1872).

Enfin, s'il fallait restreindre l'application des articles 709 et 710 au cas *d'une copropriété permanente et définitive,* en entendant ces mots en ce sens que cette copropriété ne serait pas susceptible de prendre fin par un partage (outre que l'on violerait le texte formel de nos articles, qui parlent en termes généraux d'*héritage in-*

divis et de *copropriétaires*), il est manifeste que ces articles se trouveraient ainsi réduits à certains cas d'application tout à fait rares et exceptionnels, comme celui, par exemple, de l'article 664; or, telle n'est pas certainement la pensée du législateur, qui a rédigé, d'après les anciens principes de notre matière, ces dispositions en termes généraux et absolus.

4° Notre conclusion est donc que les article 709 et 710 doivent l'emporter sur l'article 883.

On nous objecte que cet article 883 est lui-même général et absolu, et que notre doctrine en est la violation.

Notre réponse est facile :

Nous pouvons, nous, dans notre système, expliquer encore l'article 883, et lui conserver toujours une grande part de conséquences importantes; il ne s'agit, pour nous, que de limiter dans une certaine mesure ces conséquences, afin de les concilier avec les articles 709 et 710; tandis que nous venons de démontrer que la doctrine contraire, par la prédominance absolue qu'elle donne à l'article 883, efface et anéantit complétement les articles 709 et 710.

Pour nous donc, il résulte des articles 709 et 710 que l'article 883, qui est fait surtout dans l'intérêt des cohéritiers, et plus généralement des communistes, ne doit pas se retourner contre eux; que la fiction du partage déclaratif n'efface pas absolument, quoi qu'on en dise, la copropriété et la possession commune qui ont existé pendant l'indivision; la garantie (art. 884) et le privilége (art. 2103), qui résultent du partage lui-même, en témoignent; et que cette fiction a principalement pour but, ainsi que nous l'exposerons plus tard, sur cet article 883, d'empêcher les communistes, non pas certes de s'entr'aider et de se servir réciproquement, mais de se nuire les uns aux autres pendant la durée de l'indivision (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 326; Riom, 5 déc. 1840, Anquet; et Nancy, 29 nov. 1851, Pergent, Dev., 1851, II, 799, arrêts cassés par les arrêts ci-dessus cités;

Pothier, *des Oblig.*, n° 647; Duranton, t. V, n° 470; Demante, t. II, n° 568 *bis*, I et II).

1000. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que les articles 709 et 710 ne sont applicables qu'au cas où l'héritage dominant est indivis.

Le texte est, à cet égard, formel; et nous avons déjà remarqué qu'après le partage, on considère qu'il y a désormais autant de servitudes distinctes que de lots différents, et que par conséquent la jouissance de l'un des propriétaires ou son incapacité, qui conserve la servitude pour sa portion, ne la conserve plus pour les portions des autres. « Si divisus est fundus inter socios « regionibus, quoad servitutem attinet, quæ ei fundo de- « bebatur, perinde est ac si ab initio, duobus fundis debita « sit.... » (L. 6, § 1, ff., *Quemad. servit.*; *supra*, n° 863).

B. — *Quelle est la durée de la prescription résultant du non-usage? et quel est le point de départ?*

SOMMAIRE.

1001. — La règle est que le non-usage doit durer trente ans.
1002. — Ce délai ne doit-il pas être quelquefois plus long?
1003. — Ou quelquefois plus court? En d'autres termes, l'article 2265 serait-il ici applicable?
1004. — Suite.
1005. — Quel est le point de départ des trente ans de non-usage?
1006. — A. Des servitudes continues. Ce qu'il faut entendre par un acte contraire à la servitude. — *Quid*, d'une signification par laquelle le propriétaire du fonds servant déclarerait au propriétaire du fonds dominant qu'il ne veut plus être soumis à la servitude?
1007. — Il faut que les ouvrages contraires à la servitude soient apparents, permanents, à titre non précaire, et terminés.
1008. — Il importe peu sur quel fonds ils sont établis, sur le fonds servant ou sur le fonds dominant.
1009. — Par qui faut-il que les ouvrages aient été faits?
1010. — *Quid*, à l'égard des servitudes continues, qui ne s'exercent que par intervalles, et qui ont besoin du fait de l'homme pour être mises en exercice?
1011. — Des servitudes discontinues; il n'est pas nécessaire qu'il soit fait alors un acte contraire à la servitude.
1012. — *Quid*, s'il existait un signe apparent de la servitude discontinue?
1013. — Quel doit être le point de départ de la prescription à l'égard

des servitudes discontinues, dont l'usage est soumis à des intermittences forcées, et qui ne s'exercent qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés?

1014. — Suite. — *Quid*, dans le cas où la servitude n'aurait pas de terme fixe et déterminé d'exercice?

1015. — Est-ce le propriétaire du fonds servant qui doit prouver que l'on n'a point usé de la servitude pendant trente ans? Est-ce, au contraire, le propriétaire du fonds dominant qui doit prouver que l'usage a eu lieu?

1016. — Les faits d'usage et de possession peuvent être prouvés par témoins.

1017. — Il suffit d'un seul fait d'usage de la servitude pendant les trente ans, pour que la prescription ne soit pas encourue.

1018. — Il faut que les faits de jouissance soient réguliers et légitimes.

1019. — Lorsque, après trente ans de non-usage, le propriétaire du fonds servant tolère des actes d'exercice de la servitude, doit-il être censé avoir, par là, renoncé à se prévaloir de l'extinction de la servitude? — Renvoi.

1001. — Aux termes de l'article 706, la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

Pendant trente ans.... telle est la règle.

Mais cette règle est-elle absolue?

Ou, en d'autres termes, le délai de cette prescription ne peut-il pas être :

Quelquefois plus long?

Quelquefois plus court?

C'est ce qu'il faut examiner.

1002. — Et d'abord, ne peut-il pas arriver qu'il soit nécessaire que plus de trente années s'écoulent pour que la servitude soit éteinte par le non-usage?

Les Romains distinguaient, à cet égard, entre les servitudes dont le mode de jouissance est alternatif et les autres; et parmi ces dernières, ils sous-distinguaient encore entre les servitudes quotidiennes, qui s'exercent *alternis diebus*, *aut die tantum, aut tantum nocte*, et les servitudes périodiques, dont l'exercice était soumis à des intermittences plus ou moins prolongées, *alternis annis vel mensibus*, *vel æstate*, *vel uno mense:* et, dans ce dernier cas, la servitude ne s'éteignait par le non-usage qu'après un temps double de celui qui était requis pour

les autres servitudes : *duplicato tempore* (L. 7, ff., *Quemadm. servit amitt.*).

Ces distinctions, qui procédaient d'un principe particulier du droit romain dans cette matière, ne sont pas admissibles chez nous :

D'une part, l'article 706 est absolu ; et il détermine également pour toutes les servitudes, sans distinction, le *maximum* du délai à trente ans (ajout. art. 2262) ;

D'autre part, ces différentes modalités dans l'exercice de la servitude ne doivent en effet rationnellement avoir aucune influence sur la durée de la prescription extinctive; car nous pouvons dire aujourd'hui, pour tous les cas, ce que le jurisconsulte Paul, auteur du fragment précité, disait pour certaines servitudes seulement : *quia una servitus est.* Ces modalités dans la jouissance n'empêchent pas qu'il n'y ait qu'une seule et même servitude, dont le non-usage trentenaire doit produire l'extinction (comp. notre tome X, n° 698 ; Pardessus, t. II, n° 306 ; Duranton, t. V, n° 698 ; Belime, n° 165).

1005. — Mais la durée de la prescription ne pourrait-elle pas être, au contraire, plus courte?

Cette seconde question est bien plus grave.

Il s'agit de savoir si l'article 2265 est applicable en cette matière, et si celui qui a acquis de bonne foi et par juste titre un immeuble grevé de la servitude, lorsqu'il l'en croyait exempt, peut prescrire l'affranchissement de cet immeuble par dix ou vingt ans de possession.

Pour l'affirmative, on invoque les traditions des législations antérieures, les principes généraux du droit, et les articles mêmes de notre Code, qui n'ont pas, dit-on, dérogé à la doctrine anciennement suivie sur ce point :

1° C'est le droit romain qui a consacré le principe de la prescription de la liberté des héritages, *quæ libertatem præstat sublata servitute* (L. 4, § 29, ff., *De usurp. et usuc* ; L. 16, § 1, Cod. *De usufruct. et habit;* L. ult. Cod. *De præscript. long. temp.*).

Ce principe était surtout très-nettement posé dans notre ancien droit français. L'article 186 de la coutume de Paris portait (comme l'article 706 du Code Napoléon) que *la liberté peut se réacquérir contre le titre de servitude par trente ans;* et néanmoins on appliquait aux servitudes l'article 114 de la même coutume qui consacrait (comme l article 2265 de notre Code) la prescription décennale ou vicennale au profit de celui qui avait acquis *héritage ou rente, à juste titre et de bonne foi.* Et Pothier avait soin de remarquer qu'on opposerait en vain l'article 186, qui dit que la liberté des servitudes se peut acquérir contre le titre par trente ans..., pour en conclure qu'il ne peut s'acquérir par un moindre temps : « Car, disait-il, la prescription de trente ans, dont il est parlé dans l'article 186, est la prescription à l'effet de se libérer qui résulte uniquement du non-usage de la servitude, et qui en fait acquérir la libération même à ceux qui les auraient constituées, ou à leurs héritiers; ce n'est que de cette espèce de prescription qu'il est parlé en l'article 186, qui n'a rien de commun avec la prescription de l'article 114, qui résulte de la possession qu'un acquéreur de bonne foi a eue d'un héritage, qu'il a possédé comme franc des droits de servitude, dont il était chargé.» (*De la Prescription*, n° 139; ajout. n°s 128 et 136).

Enfin la loi intermédiaire du 11 brumaire an VII, sur les expropriations forcées, disposait également que :

« Les droits de passage, droits de vue, et les autres services fonciers occultes, même ceux patents, dont l'exercice n'est point continu, ainsi que les prestations réelles non rachetables, s'ils n'ont été expressément réservés dans l'état des charges d'adjudication, se prescrivent par le même laps de dix années à compter du jour où leur exercice aura entièrement cessé. » (Chap. II, art. 35.)

2° Cette doctrine, dit-on, est conforme aux principes généraux du droit. Autre chose est, en effet, la prescrip-

tion extinctive, autre la prescription acquisitive. Or, si celui qui a acquis un héritage avec titre et bonne foi peut, au moyen d'une possession de dix ou vingt ans, acquérir la propriété elle-même, il peut, *a fortiori*, acquérir les démembrements du droit de propriété; il pourrait acquérir l'usufruit; et il doit, en conséquence, pouvoir acquérir de même l'affranchissement de la servitude, c'est-à-dire ce qui manquait, par l'existence de cette servitude, à la plénitude de son droit de propriété.

3° Et maintenant, cette doctrine, conforme à tous les précédents et à la logique scientifique, a-t-elle été répudiée par le Code Napoléon? rien ne le prouve. Serait-ce l'article 706? mais l'article 617 déclare aussi que l'usufruit s'éteint par le non-usage pendant trente ans; et cela n'empêche pas que l'on reconnaît généralement que l'acquéreur avec titre et bonne foi de l'immeuble soumis à un droit d'usufruit, en acquiert la pleine propriété par dix ou vingt ans (*voy.* notre tome X, n°s 740, 742). L'article 706 n'est d'ailleurs, dans notre Code, que ce qu'était l'article 186 dans la coutume de Paris, comme notre article 2265 correspond à l'article 114 de l'ancienne coutume; or, de même que l'article 186 ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 114 en matière de servitude, de même l'article 706 ne saurait faire obstacle, en cette matière, à l'application de l'article 2265. Enfin, l'article 2288 prouve textuellement que l'article 2265 s'applique aux charges réelles; et si l'acquéreur, avec son juste titre et sa bonne foi, affranchit, par dix ou vingt ans, son immeuble de l'hypothèque qui le grève, n'y aurait-il pas contradiction et inconséquence à dire qu'il ne l'affranchit pas également des servitudes? (Comp. Nancy, 14 mars 1842, Borthon, Dev., 1842, II, 132; Delvincourt, t. I, p. 167, note 4; Duranton, t. V, n° 689; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 689, note A; Demante, t. II, n° 565 *bis*; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 368; Taulier, t. II, p. 466; Troplong, *de la Prescrip-*

tion, t. II, n° 853; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 90; Vazeille, *des Prescriptions,* t. I, n° 419; G. Bressolles, *Revue de droit français et étranger,* t, V, p. 744 et suiv.)

1004. — Malgré l'autorité des précédents, que cette opinion rappelle, il nous paraît plus conforme aux textes de notre Code et aux véritables principes, de décider que la servitude ne peut s'éteindre que par un non-usage de trente ans, alors même que le fonds assujetti est possédé par un tiers, qui l'a acquis par juste titre et de bonne foi, comme exempt de servitude :

1° Aux termes de l'article 2264 : « Les règles de la « prescriptiou sur d'autres objets que ceux mentionnés « dans le présent titre (de la prescription), sont expliquées « dans les titres qui leur sont propres ; » et il est à noter que cet article se trouve, au titre de la *Prescription,* précisément dans le chapitre (v), qui détermine *le temps requis pour prescrire;*

Or, dans le titre, qui est propre aux servitudes, le législateur a réglé le temps qui serait requis soit pour l'acquisition, soit pour l'extinction des servitudes par la prescription; il l'a réglé par deux articles, 690 et 706, qui sont évidemment, dans sa pensée, deux dispositions corrélatives, également spéciales à cette matière;

Donc, on ne saurait introduire dans notre sujet aucune autre espèce de prescription.

2° Mais, dit-on, l'article 2264 n'est qu'une vague disposition de *renvoi,* qui n'a rien de précis ni de direct; et l'argument que nous venons de faire en exagère, outre mesure, la portée.

Cette objection serait juste, si nous n'avions pour nous que le texte littéral de cet article; mais si, au contraire, il est prouvé que la disposition spéciale de l'article 706, en ce qui concerne la prescription, s'explique et se justifie par les principes particuliers en matière de servitude, il faudra reconnaître que cette matière est bien effectivement une de celles auxquelles se réfère l'article 2264.

Or, nous croyons pouvoir établir cette preuve.

Remarquons d'abord que l'article 706 est conçu dans les termes les plus absolus, et qu'il résiste ouvertement à la distinction que l'on veut faire entre le cas où le fonds servant est toujours dans les mains du propriétaire, qui a constitué la servitude ou de ses successeurs, et le cas où il se trouve dans les mains d'un tiers acquéreur à titre singulier.

Et cette distinction, repoussée par le texte, est effectivement tout à fait contraire aux principes de notre sujet. La servitude est due par le fonds lui-même, *res*, *non persona debet;* une fois qu'elle est établie, il n'y a plus aucune distinction à faire entre le propriétaire qui l'a consentie et les autres propriétaires qui lui succèdent à titre singulier; elle suit le fonds partout où il va; et l'obligation de la supporter est absolument de même nature pour les uns que pour les autres, c'est-à-dire une charge purement réelle; donc, il ne saurait y avoir non plus, logiquement et rationnellement, de différence entre les uns et les autres, en ce qui concerne la prescription résultant du non-usage.

3° On invoque l'article 2265, et on prétend qu'il s'agit, pour le tiers acquéreur, non pas d'une prescription extinctive, mais d'une prescription acquisitive.

L'article 617, qui porte que l'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans, cet article, nous dit-on, ne vous a pas empêché de déclarer que l'usufruit pouvait être acquis par dix ou vingt ans, d'après l'article 2265, au préjudice de l'usufruitier par un tiers; donc, l'article 706 ne doit pas vous empêcher davantage de décider que le tiers acquéreur peut acquérir, par dix ou vingt ans, l'affranchissement de la servitude, au préjudice du fonds dominant.

La différence est, au contraire, suivant nous, très-grande entre l'usufruit et la servitude.

Oui sans doute, le tiers possesseur, avec titre et bonne

foi, peut acquérir soit la pleine propriété, soit l'usufruit d'un immeuble par dix ou vingt ans; et alors, il est bien clair que si cet immeuble était grevé d'un usufruit au profit d'une autre personne, cet usufruit, comme nous l'avons dit ailleurs, est supplanté (*voy.* notre tome X, n° 74); car le droit de jouir de la chose est désormais acquis au tiers possesseur, qui peut, en effet, très-véritablement invoquer alors contre l'usufruitier la prescription acquisitive; car le droit de jouir, qui appartenait à l'usufruitier, lui est acquis, à lui, maintenant.

Mais il en est tout autrement de la servitude; et dans ses rapports avec le fonds dominant, le tiers possesseur ne peut évidemment invoquer qu'une prescription extinctive et libératoire.

Que peut-il, en effet, avoir *acquis?* Peut-il dire au maître du fonds dominant, comme il dirait à un usufruitier : le droit, le même droit, que vous aviez, c'est moi qui l'ai désormais. Eh non, sans doute! car il n'a pas pu acquérir apparemment, pour son propre fonds, la servitude dont son fonds était grevé! Qu'est-ce donc encore une fois, qu'il peut seulement prétendre? c'est qu'il s'est libéré de la charge, dont le fonds par lui acquis était grevé; car la servitude n'est pas autre chose qu'une charge (art. 637); c'est qu'il a prescrit, comme disent les partisans mêmes de la doctrine que nous combattons (tant la force du principe est grande!) c'est qu'il a prescrit l'*affranchissement* de son immeuble; c'est, en un mot, qu'il invoque uniquement une prescription extinctive résultant du non-usage, et qu'il se trouve ainsi placé en dehors de l'article 2265, et tout au contraire dans la pleine application de l'article 706! « Quand on prétend que le propriétaire assujetti possède la liberté de son fonds c'est un abus de langage, dit Belime; cette liberté-là n'est qu'une pure négation de la servitude, et voilà tout. » (N° 176.)

Que l'on nous accuse, si l'on veut, d'en revenir ainsi

à l'ancienne usucapion romaine, qui ne faisait acquérir l'immeuble qu'avec les charges qui le grevaient, tandis que, dès Justinien, la prescription *longi temporis*, qui l'avait remplacée, donnait les moyens de repousser toute action réelle (comp. L. 44, § 5, ff., *De usucap.* et L. 12, ff., *De diversis temp. præscript.*).

Nous ne serons pas touché de ce reproche, si d'ailleurs notre doctrine est conforme au texte des articles du Code et à la saine logique du droit.

Or, ce qui prouve de plus en plus qu'il en est ainsi, c'est le schisme qui s'est, dans ces derniers temps, formé au sein de l'opinion contraire. On a proposé, en effet, de distinguer entre le cas où le tiers détenteur a acquis du véritable propriétaire l'immeuble grevé de servitude, et le cas où il a acquis *a non domino*. On convient que, dans le premier cas, la servitude ne s'éteindra que par la prescription de trente ans; et ce n'est que dans le second cas qu'elle s'éteindrait par dix ou vingt ans (Marcadé, sur l'article 706, n° 3; et sur l'article 2265, n° 6). Mais cette distinction, que Pothier avait déjà repoussée autrefois (*de la Prescription*, n° 129), est évidemment inadmissible. Outre qu'elle aurait pour résultat de favoriser plus l'acquéreur *a non domino* que l'acquéreur *a domino* (singularité regrettable, que M. P. Gilbert a fort justement signalée, Dev., 1854, I, 105, note 2), il est clair que la raison sur laquelle on l'a établie, n'est nullement exacte. Lorsque j'ai acquis, dit-on, *a non domino*, j'ai à prescrire la propriété, le *dominium;* et la servitude n'étant qu'un fragment de ce *dominium*, *se trouvera acquise comme et avec le reste du* dominium (Marcadé, *loc. supra cit.*). — Eh non, sans doute; car si le propriétaire de l'immeuble est majeur (art. 2252), tandis que le propriétaire du fonds auquel la servitude est due, serait mineur, ou si le premier est *présent*, tandis que le second serait *absent* (art. 2265, 2266), j'aurai acquis la propriété de l'immeuble contre le premier, et je n'aurai pas acquis la

libération de la servitude contre l'autre. Donc, la prescription acquisitive de la propriété de l'immeuble n'entraîne pas la prescription extinctive de la servitude.

4° Enfin, on objecte l'article 2180, n° 4, duquel il résulte que les priviléges et hypothèques s'éteignent, au profit du tiers détenteur, par dix ou vingt ans.

Nous répondrons d'abord qu'il y a un texte, en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, et que, loin qu'on rencontre une disposition semblable relativement aux servitudes, l'article 706 renferme une disposition toute contraire.

Mais ce n'est pas tout.

D'après l'article 2180, la prescription ne court, au profit du tiers acquéreur, contre les créanciers hypothécaires, que du jour où son titre a été transcrit sur les registres du conservateur; or, aucun texte pareil n'existe en ce qui concerne les servitudes; donc, le législateur n'a pas entendu les assimiler, en ce point, aux hypothèques; car s'il en était ainsi, il aurait certainement voulu que le propriétaire du fonds dominant fût au moins averti de la mutation de propriété, qui s'était opérée dans le fonds servant. Il est vrai que, dans l'ancien droit, Pothier n'exigeait aucun avertissement de ce genre pour le maître du fonds dominant; mais il n'en exigeait pas davantage pour les créanciers hypothécaires (comp. les n°s 136 et 139 de son *Traité de la Prescription*). Ce système était vicieux, suivant nous; mais, du moins, il était conséquent. Tandis que le Code Napoléon offrirait, au contraire, cette inconséquence que la transcription, requise dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, ne le serait pas dans l'intérêt du maître du fonds dominant! En vain on objecte qu'il n'y avait pas même motif pour exiger la transcription dans l'intérêt du maître du fonds dominant, qui est en rapport direct avec le fonds servant, et qui doit savoir ce qui s'y passe; tandis que les créanciers hypothécaires en sont souvent fort éloignés. Il se

peut, au contraire, très-bien que le maître du fonds dominant ignore à quel titre le fonds servant est possédé par celui qui s'y trouve; et il est, en outre, des servitudes, et en grand nombre, qui n'établissent aucune relation active entre les deux fonds; telle, par exemple, que la servitude *non ædificandi, non altius tollendi,* et toutes les autres servitudes négatives. Dans ces cas, le maître du fonds dominant continue de jouir de la servitude, s'il n'est fait aucun acte contraire. Direz-vous pourtant qu'après dix ou vingt ans, le tiers acquéreur pourra lui opposer l'article 2265, et prétendre qu'il a acquis l'affranchissement de son immeuble? Si vous répondez oui, il est manifeste que voilà une prescription, qui court contre celui qui n'a pas cessé de jouir de la servitude. Si vous répondez non, et si vous exigez que des actes contraires à l'exercice de la servitude aient été faits pour que la prescription commence à courir au profit du tiers acquéreur, je prends acte de cet aveu; et je soutiens que dès que vous appliquez l'article 707, qui détermine le point de départ de la prescription, vous devez nécessairement aussi appliquer l'article 706, qui en détermine la durée. Basnage cite précisément une espèce semblable : un fonds était grevé de plusieurs servitudes, et entre autres de celle de ne point bâtir; le propriétaire le vendit, *sans déclarer ses sujétions à l'acquéreur;* et celui-ci le revendit lui-même comme franc et libre. *Cent années s'écoulèrent,* dit Basnage; et le dernier acquéreur voulut ensuite bâtir; mais, par arrêt du 1er juin 1680, le moyen de prescription invoqué contre la servitude fut rejeté; on jugea que la servitude n'avait pas cessé d'exister; et les acquéreurs furent seulement admis à des recours en garantie contre leur vendeur (sur l'article 607 de la cout. de Normandie); ce qui prouve que, même dans notre ancien droit, la doctrine que nous combattons n'était pas universellement admise.

Nous croyons avoir prouvé qu'elle ne doit pas non plus

être admise sous notre Code (comp. Paris, 25 août 1834, Guerreau, D., 1835, II, 1; Orléans, 3 déc. 1835, Jousselin, Dev., 1836, II, 5; Cass., 20 déc. 1836, mêmes parties, Dev., 1837, I, 145; Cass., 28 mars 1837, Soulâtre, *J. du P.*, 37, II, 12; Limoges, 14 févr. 1837, Boisson, Dev., 1837, I, 506; Cass., 16 avril 1838, Baron, Dev., 1838, I, 506; Bordeaux, 28 mai 1838, Hoffman, D., 1838, II, 169; Caen, 2e ch., 19 mai 1841, Lecouturier; Cass., 18 nov. 1845, Lacomble, Dev., 1846, I, 74; Cass., 31 déc. 1845, comm. d'Aniville, Dev., 1846, I, 105; Caen, 29 juillet 1851, de Fontette; et Cass., 14 nov. 1853, mêmes parties, Dev., 1854, I, 105; Agen, 20 nov, 1857, Alazard, Dev., 1857, II, 769; Toullier, t. II, n° 688; Pardessus, t. II, n° 306; Solon, n° 510; Favard, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. III, § 3; Coulon, *Quest. de dr.*, t. II, p. 66; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 210, note 4).

1005. — En ce qui concerne le point de départ de cette prescription, l'article 707 le détermine ainsi :

« Les trente ans commencent à courir, selon les di-
« verses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé
« d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues,
« ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servi-
« tude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. »

Cette distinction résulte de la nature même de ces différentes servitudes, dont les unes, les servitudes continues, s'exerçant elles-mêmes et toutes seules, ne cessent pas de s'exercer ainsi, tant qu'aucun obstacle n'y est apporté; tandis que les servitudes discontinues consistant précisément dans le fait actuel de l'homme, cessent d'être exercées aussitôt que l'homme cesse d'agir.

1006. — A. Et d'abord, en ce qui concerne les servitudes continues, notre article 707 dispose que la prescription commence à courir *du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.*

Un acte, c'est-à-dire évidemment un fait matériel, un

travail, un ouvrage quelconque, qui change l'état des lieux, *quum sit innovatum* (L. 6, § 1, ff., *si Servit. vind.;* Metz, 6 juin 1866, Oulif, Dev. 1867, II, 147).

On ne saurait donc considérer comme un acte contraire une signification, quelque formelle qu'elle pût être, que ferait le propriétaire du fonds grevé, qu'il entend ne plus être soumis à l'exercice de la servitude, tant qu'aucune entreprise contraire à l'exercice de la servitude n'aurait pas lieu (comp. Pardessus, t. II, n° 308).

1007. — La raison de la loi et les principes indiquent assez que les ouvrages, pour constituer des actes contraires à la servitude, doivent être apparents et permanents (arg. de l'article 2229).

De même qu'il est nécessaire qu'ils ne soient pas l'effet d'une simple tolérance de la part du propriétaire du fonds auquel la servitude est due, ou d'un usufruitier, ou d'un fermier ou locataire, qui aurait, par exemple, autorisé le maître du fonds servant à les faire précairement pour un certain temps. Pothier remarque, en effet, avec grande raison, que le fait interdit par la servitude ne peut en procurer la libération qu'autant qu'il a été fait *nec vi, nec clam, nec precario;* en ajoutant toutefois que tel acte qui serait précaire à l'égard de l'un des fonds dominants, pourrait ne pas l'être à l'égard d'un autre fonds : comme si, par exemple, mon héritage étant grevé de la servitude *non altius tollendi* envers celui de Paul et celui de Pierre, j'obtenais de Pierre la permission de bâtir, à la condition de démolir à la première réquisition; cette construction, qui serait précaire vis-à-vis de Pierre, ne serait pas telle vis-à-vis de Paul (*Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans,* n° 20).

Ce n'est aussi généralement qu'à partir du jour où les travaux ont été terminés, que la prescription commence à courir (arg. de l'article 642; Basnage, sur l'article 607 de la cout. de Normandie).

1008. — Il importe peu, d'ailleurs, que les ouvrages,

contraires à la servitude, soient établis sur le fonds dominant ou sur le fonds servant.

Il est des cas, en effet, où il ne peuvent être établis, par la nature même de la servitude, que sur le fonds servant, comme lorsqu'il s'agit de la servitude *non ædificandi;* de même que, dans d'autres cas, ils ne peuvent être faits, au contraire, que sur le fonds dominant, comme s'il s'agit d'une servitude de vue qui ne pourrait être empêchée que par la suppression des fenêtres.

1009. — Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de distinguer davantage par qui l'acte contraire a été fait : par le propriétaire du fonds servant, par le propriétaire du fonds dominant, ou par un tiers, usufruitier, locataire ou simple possesseur de l'un ou de l'autre fonds.

La doctrine opposée est toutefois enseignée par Pardessus, qui prétend que l'acte contraire à la servitude doit émaner du propriétaire de l'héritage asservi, ou par quelqu'un qui agirait en son nom et dans son intérêt. Le savant auteur, après avoir invoqué la loi 6 au Digeste *De servitutibus prædiorum rusticorum*, et l'autorité de Cœpolla (tract. I, cap. XXIV, n° 6), ajoute que la loi ayant attaché à ces actes le caractère de protestation et de refus de souffrir la servitude, il est naturel qu'ils soient propres au fonds débiteur. « Ainsi, dit-il, lorsqu'une personne a le droit d'appuyer les poutres de sa maison sur le mur ou le bâtiment d'un voisin, le fait qu'elle aurait détruit ou enlevé ses poutres, n'opérerait point extinction de la servitude, quelque temps qu'elle eût été sans les rétablir; il n'y aurait d'acte contraire propre à faire courir la prescription, que si le propriétaire de l'édifice grevé avait bouché les trous dans lesquels entraient les poutres du voisin. Ainsi encore, lorsqu'une maison a droit de vue sur une autre, le seul fait que le propriétaire ou possesseur de la maison, à qui la servitude est due, aurait muré ses croisées, ne l'éteindrait pas, quand même cet état de choses aurait subsisté pendant trente

ans, à moins que le propriétaire de la maison grevée n'eût fait des plantations, constructions ou dispositions contraires à la servitude. » (T. II, n° 308.)

Mais cette doctrine nous paraît tout à la fois contraire au texte même de l'article 707 et à son motif essentiel :

D'une part, l'article 707 dispose que, s'il s'agit de servitudes continues, la prescription commence *du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude;* or, le texte ne distingue pas si c'est par le propriétaire du fonds dominant, ou par le propriétaire du fonds servant, ou par tout autre; ses termes absolus comprennent au contraire tous les cas; donc, il est impossible de distinguer.

D'autre part, de quelle cause procède ici l'extinction de la servitude? du non-usage; or, le non-usage existe, dès qu'un acte contraire a été fait (par qui que ce soit, peu importe !) qui empêche d'en user; et apparemment, dès que les fenêtres de votre maison sont bouchées, vous n'exercez plus sur moi la servitude de vue! donc, la prescription doit commencer à courir dans tous les cas.

On dit que l'acte qui émane du propriétaire du fonds servant, a le caractère d'une protestation; nous pouvons répliquer que l'acte qui émane du propriétaire du fonds dominant, a le caractère d'un abandon, et que l'extinction résultant, après cela, du non-usage trentenaire, est encore, dans ce cas, mieux justifiée peut-être que dans l'autre.

Ajoutons enfin que, dans la plupart des cas, il serait véritablement impossible au maître du fonds servant de faire un acte contraire à la servitude, après que le maître du fonds dominant aurait supprimé les ouvrages au moyen desquels elle s'exerçait.

C'en est assez pour établir que l'autorité de la loi 6 (ff., *de Servit. præd. urb.*) ne saurait être invoquée au-

jourd'hui. Il est vrai que cette loi exigeait que le maître du fonds servant prît lui-même possession de la liberté de son héritage *libertatem usucapiat*, parce qu'à Rome, les servitudes urbaines s'éteignaient en réalité, non point par le non-usage, mais par l'effet de l'usucapion (Ortolan, sur le § 4 des Inst. *de Servit.*). Mais notre article 707 n'y met aucunement cette condition (comp. Delvincourt, t. I, p. 167, note 6; Toullier et Duvergier, t. II, n° 692; Duranton, t. V, n° 685; Demante, t. II, n° 566 *bis;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 211; Taulier, t. II, p. 466; Belime, n° 158; Daviel, *des Cours d'eau*, t. III, n° 786).

1010. — Une difficulté assez grave peut s'élever ici, en ce qui concerne certaines servitudes continues qui ne s'exercent que par intervalles, et qui ont be oin du fait de l'homme pour être mises en exercice (*supra*, n°s 710, 711).

J'ai, par exemple, sur votre fonds, une servitude de prise d'eau qui s'exerce au moyen d'une vanne, qu'il faut lever pour que l'eau coule.

Je suis resté, pendant trente ans, sans lever la vanne et par conséquent sans recevoir l'eau de votre héritage dans le mien.

Mais aucun acte contraire à la servitude n'a été fait; et l'aqueduc et la vanne sont toujours là dans le même état.

La servitude est-elle éteinte par la prescription?

On pourrait le soutenir avec beaucoup de force : ce qui éteint la servitude après trente ans, c'est finalement le non-usage, *lorsqu'on a cessé d'en jouir*, dit l'article 707; or, j'ai cessé de jouir, depuis trente ans, de ma prise d'eau; donc, pourrait-on dire, elle est éteinte par le non-usage. Pourquoi les servitudes continues ne se perdent-elles *non utendo*, que lorsqu'il y a un acte contraire? c'est parce qu'elles consistent uniquement dans une certaine disposition des lieux qui constituent leur exercice même;

telle est, par exemple, une fenêtre; on la laisserait fermée pendant trente ans, par des volets, qu'elle ne s'en exercerait pas moins en cet état, parce que la servitude consiste alors uniquement dans l'arrangement et la disposition des lieux, dans le droit d'avoir cette fenêtre et non pas d'ouvrir les volets et de regarder. Au contraire, la servitude de prise d'eau ne consiste pas uniquement dans les ouvrages extérieurs qui la révèlent, dans le droit d'avoir un aqueduc et une vanne; elle consiste à prendre l'eau, à la recevoir ; donc, si vous ne l'avez reçue pendant trente ans, vous n'avez pas usé de la servitude (comp. L. 19, princ., ff., *Quemadm. servit. amitt.*; Dupret, *Revue de droit franç. et étr.*, t. III, p. 828, 829).

Cette argumentation est très-sérieuse.

Mais pourtant elle n'aboutit à rien moins qu'à nous faire considérer comme discontinue une servitude, que nous avons déclarée véritablement continue, et que nous avons dû déclarer telle (*supra*, n° 710); or, si cette servitude est continue, comment échapper à l'application de l'article 707, qui porte que lorsqu'il s'agit de ces sortes de servitudes, la prescription ne commence à courir *que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.*

Le texte nous paraît donc formel !

Ajoutons d'ailleurs que tant que l'aqueduc ou l'écluse sont là debout et intacts, le fonds servant n'a pas recouvré son affranchissement, et que la servitude se maintient ainsi d'elle-même, comme dit Daviel, en état de disponibilité. Il faudrait donc que la vanne eût été fermée ou l'aqueduc comblé, ou que tout autre obstacle enfin eût été apporté à l'exercice de la prise d'eau (t. III, n° 786; comp. Metz, 6 juin 1866, Oulif, Dev. 1867, II, 147; d'Argentré, sur l'article 271 de la cout. de Bretagne; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 367).

1011. — B. — Quant aux servitudes discontinues, les trente ans commencent à courir, d'après l'article 707, *du jour où l'on a cessé d'en jouir;* dès que l'on a cessé de

passer, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage; ou de puiser de l'eau, si c'est un droit de puisage.

La loi n'exige pas ici qu'il ait été fait un acte contraire; le non-usage a lieu, en effet, sans cela; et cet acte d'ailleurs serait très-souvent, à l'égard de ces sortes de servitudes, impossible par la nature même des choses.

1012. — On a toutefois enseigné que les servitudes ne s'éteignaient point par la prescription, tant qu'il subsistait des vestiges des ouvrages établis pour en user; et on a invoqué, en ce sens, la maxime de d'Argentré : *Per signum retinetur signatum* (sur la cout. de Bretagne, art. 368, p. 1549, 1550). L'existence d'une porte suffirait donc pour conserver la servitude de passage, alors même que le passage n'aurait pas été exercé pendant trente ans; de même que, pour les servitudes continues, si j'avais le droit d'appuyer ma poutre sur votre mur, et que je l'aie ôtée, je n'en conserverais pas moins mon droit, tant que le trou où elle était placée, n'aurait pas été bouché (comp. L. 6, ff., *de Servit. præd. urb.*; Pothier, *Intr. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 19; Dunod, *des Prescript.*, p. III, chap. VI, p. 295, 296; Toullier, t. II, n° 709; Belime, n° 161).

Mais cette doctrine nous paraît tout à la fois contraire :

1° Au texte même de l'article 707, qui, sans tenir aucun compte de l'apparence ou de la non apparence de la servitude, ne considère que la continuité ou la discontinuité, et dispose dans les termes les plus absolus, que la prescription commence *du jour ou l'on a cessé de jouir de la servitude, quand elle est discontinue;*

2° Aux véritables principes de cette matière, parce qu'en effet la servitude discontinue, ne s'exerçant que par le fait actuel de l'homme, il est clair que l'on n'en use pas, dès que le fait de l'homme vient à cesser, lors même que la servitude se révélerait par des signes apparents.

Loin donc que l'existence d'une porte conserve la ser-

vitude de passage, nous concluons qu'après trente ans de non-usage, cette porte devrait être supprimée, de manière à perdre complétement son apparence d'ouverture destinée à servir de passage de l'un des fonds sur l'autre (comp. Caen, 19 mai 1837, comm. de Sotteville, *Rec. de Caen*, t. I, 421; Cass., 9 mai 1846, Accloque, Dev., 1846, I, 307, Pardessus, t. II, n° 308; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 709, note 4; *voy.* aussi *supra*, n°s 719, 720).

C'est par le même motif que dans l'exemple cité plus haut d'une servitude continue, qui consiste à appuyer sa poutre dans le mur du voisin, nous ne croirions pas que la servitude serait conservée après l'enlèvement des poutres, par la seule existence des trous qui les supportaient; car la vérité est que l'on n'aurait pas usé de la servitude, et que l'enlèvement des poutres était bien plus qu'un acte contraire à son exercice, puisqu'il en était la suppression.

1013. — Quel doit être le point de départ de la prescription, à l'égard des servitudes discontinues, dont l'usage est soumis à des intermittences forcées, et qui ne s'exercent qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés?

Nous avons déjà constaté que la durée de la prescription n'est pas, dans ce cas, augmentée (*supra*, n° 1002).

Maintenant, il s'agit d'en déterminer le point de départ.

J'ai, par exemple, le droit de prendre, tous les deux ans, une certaine quantité de marne dans votre fonds, ou d'y passer pour le service de l'exploitation d'un bois, qui se coupe tous les dix ans, ou même tous les vingt ou vingt-cinq ans.

Est-ce du jour du dernier acte d'exercice que j'aurai fait de la servitude, que le délai commencera à courir?

Ou bien, au contraire, ne commence-t-il qu'à compter du jour où le droit d'exercer de nouveau la servitude étant revenu, j'aurais négligé de l'exercer?

Pour soutenir que c'est à dater du dernier acte de jouissance effective, que la prescription doit courir, on peut raisonner ainsi :

D'après l'article 706, la servitude est éteinte par le *non-usage* pendant trente ans ; et d'après l'article 707, ces trente ans commencent à courir, s'il s'agit de servitudes discontinues, *du jour où l'on a cessé d'en jouir ;* or, ces termes sont absolus ; ils ne distinguent pas entre les servitudes quotidiennes et les servitudes périodiques ; au contraire, ils paraissent, dans leur généralité, se référer toujours au dernier acte de jouissance matérielle et effective ; donc, on ne saurait faire aucune distinction.

Vainement, on objecterait qu'aux termes de l'article 2257, la prescription ne court pas contre un droit conditionnel, jusqu'à ce que la condition arrive, et que l'exercice d'une servitude, soumis à des intermittences forcées, est suspendu par une condition ; car, dans ce cas, la servitude est pure et simple, puisqu'elle ne dépend pas d'un événement futur et incertain (art. 1168) ; et si l'on ajoutait que le propriétaire du fonds dominant ne pouvant pas agir, la prescription ne doit pas courir contre lui, il suffirait de répondre qu'il aura toujours la faculté de forcer le propriétaire du fonds servant à donner un titre récognitif, ou d'agir en justice pour interrompre la prescription. Enfin, on pourrait invoquer aussi, en ce sens, l'article 2263, qui porte que : « Après vingt-huit ans *de « la date du dernier titre,* le débiteur d'une rente peut « être contraint à fournir, à ses frais, un titre nouvel à « son créancier ou à ses ayants cause, » et qui, en faisant courir le délai *de la date du dernier titre*, et non pas du jour postérieur de l'exigibilité des arrérages, prouve qu'on ne s'attache pas, en cette matière, à l'acte de jouissance effective (comp. Cass., 2 mai 1836, Roy, Dev., 1836, I, 242 ; Cass., 11 juillet 1838, Duhallay, Dev., 1838, I, 747 ; Cass., 6 février 1839, Declercq, Dev., 1839, I, 208 ; *Observations* de Devilleneuve, 1836, I, 242,

note 2; Pardessus, t. II, n° 310; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VII, n° 3716).

Nous croyons, au contraire, que la prescription ne commence alors à courir que du jour où, un nouvel acte de jouissance pouvant avoir lieu, aucun usage n'aurait été fait de la servitude.

1° La prescription ne peut pas courir contre celui qui possède;

Or, celui qui a exercé la servitude à la dernière époque, où l'exercice en était seulement possible et permis, n'a pas cessé de la posséder dans l'intervalle; et cela est si vrai, qu'il est généralement reconnu qu'il pourrait dans cet intervalle, si long qu'il fût, d'un acte de jouissance à l'autre, intenter l'action possessoire en cas de trouble (*supra*, n° 955);

Donc, la prescription n'a pas pu courir contre lui; donc, on ne peut pas prétendre qu'il *a cessé de jouir de la servitude*, d'après l'article 707; car ces deux ordres de principes sont inséparables; et si, comme on en convient, il n'a pas cessé de posséder, il faut que l'on convienne qu'il n'a pas cessé de jouir, dans le sens juridique de ce mot.

2° La raison et l'équité le veulent d'ailleurs ainsi. La prescription résultant du non-usage est fondée soit sur une présomption d'abandon ou de remise, soit sur une peine infligée à la négligence; or, aucune présomption de remise résultant de non-usage n'est possible à l'encontre de celui qui ne pouvait pas user; pas plus évidemment qu'aucune négligence ne lui est imputable.

3° On dit qu'un tel droit n'est pas conditionnel; que rien dès lors ne peut suspendre le cours de la prescription; et que le maître du fonds dominant peut d'ailleurs l'interrompre.

Si le droit lui-même de servitude n'est pas conditionnel dans son existence, on ne peut nier qu'il ne soit, quant à son mode d'exercice, soumis à une condition ou du

moins à des termes successifs et périodiques ; or, d'après l'article 2257, la prescription ne court pas contre un droit soit sous condition, soit à terme, jusqu'à ce que la condition ou le terme arrive. Et notez que l'impossibilité d'exercer des actes effectifs et matériels de jouissance ne provient pas alors d'une cause extérieure ni d'un cas fortuit; elle est inhérente à la constitution du droit lui-même ; et elle constitue non pas un obstacle de fait, qui serait insuffisant en effet pour arrêter le cours de la prescription, mais un empêchement de droit, qui prend sa source dans le titre constitutif, qui fait la loi commune des parties.

C'est en vain que l'on ajoute que le maître du fonds dominant peut interrompre la prescription, en se faisant consentir un titre récognitif, ou par une action en justice. La Cour de Caen a fort justement répondu que c'est là lui imposer une obligation exorbitante, et le placer en dehors de la loi commune ; et que c'est d'ailleurs s'attaquer à l'article 2257 lui-même, puisque cet argument serait applicable à tous les cas que prévoit le texte de cet article.

4° Enfin, quant à l'argument déduit de l'article 2263, il faut remarquer que la disposition générale de cet article n'a pas pour but de décider notre question, et que tout ce qui en résulte, c'est que, pour que le créancier d'une rente soit fondé à demander un titre nouvel, il faut qu'il se soit écoulé vingt-huit ans depuis la date du dernier titre (comp. Caen, 8 février 1843, Declercq, Dev., 1843, II, 242 ; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 789 ; Belime, n° 166).

1014. — Nous appliquerons, par les mêmes motifs, la même solution au cas où la servitude n'aurait pas de terme fixe et déterminé d'exercice ; comme, par exemple, pour le droit de marronnage, qui consiste, comme on sait, dans le droit de prendre du bois dans une forêt pour la réparation des bâtiments, au fur et à mesure des besoins.

La prescription ne commencerait alors à courir que du jour où il serait constaté que le maître du fonds dominant a négligé de réparer ses bâtiments, quoiqu'ils eussent besoin de réparation, et surtout qu'il les a réparés avec des bois provenant d'ailleurs.

Et cette preuve devrait être fournie par le propriétaire du fonds servant, qui soutiendrait que la servitude est prescrite; d'autant plus qu'il serait à peu près impossible d'imposer à l'autre propriétaire l'obligation de prouver qu'il n'a pas tiré d'un autre lieu du bois pour réparer ses bâtiments (comp. Belime, n° 167, et les citations *supra*, n° 1013).

1015.— Ceci nous amène tout naturellement à rechercher sur lequel des deux propriétaires doit, en règle générale, peser ici l'obligation de la preuve : si c'est le propriétaire du fonds servant qui doit prouver que l'on n'a point usé de la servitude pendant trente ans; ou si, au contraire, c'est le propriétaire du fonds dominant qui doit établir que l'usage en a eu lieu?

Vous réclamez, par exemple, sur mon fonds un droit de passage en vertu d'un titre, qui a plus de trente ans de date; et je prétends que la servitude est éteinte par le non-usage, tandis que vous soutenez qu'elle a été exercée.

De quel côté faut-il mettre le fardeau de la preuve?

Nous croyons qu'une distinction est nécessaire :

Ou celui qui invoque le titre est en possession de la servitude;

Ou il n'est pas en possession.

Dans le premier cas, sa preuve est toute faite; le titre d'une part, et d'autre part la possession qu'il a exercée en vertu de ce titre, depuis moins de trente ans, établissent suffisamment son droit. On applique alors la maxime que l'article 2234 a consacrée : *Probatis extremis præsumuntur media*. L'un des points extrêmes est le titre, et la possession forme l'autre. Ce serait donc, dans ce cas, le maître du fonds servant qui devrait fournir la preuve de

son allégation, s'il prétendait que trente années de non-usage s'étaient écoulées depuis la date du titre, lorsque cet usage a été repris.

Dans le second cas, au contraire, la preuve que la servitude n'est pas éteinte par le non-usage doit être faite par celui qui en réclame l'exercice. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent, en effet, par trente ans (art. 2262); or, le titre que vous invoquez pour soumettre mon fonds à l'exercice d'une servitude, que vous ne possédez pas, ce titre a plus de trente ans; donc, il est prescrit; donc, il est désormais impuissant à prouver l'existence du droit que vous réclamez.

Comme on le voit, (et c'est la remarque fort judicieuse de M. le conseiller Lasagni), cette distinction n'est qu'une application de la règle générale, en matière de preuve, qui veut que l'obligation de prouver soit imposée au demandeur, ou plus généralement à celui qui affirme (L. 23, Cod. *De probat.*; art. 1315, C. Napol.).

Lorsque le propriétaire du fonds dominant a le titre et la possession actuelle, il n'a rien à demander ni par conséquent à prouver ; c'est le propriétaire du fonds servant, qui l'attaque, et qui, comme demandeur, doit prouver ce qu'il affirme, à savoir : l'extinction de la servitude par le non-usage.

Lors, au contraire, que celui qui a un titre constitutif de servitude, n'est pas en possession de cette servitude, c'est lui qui attaque et qui est demandeur ; donc, c'est à lui de prouver que la servitude est due ; et cette preuve, il ne peut la faire uniquement avec un titre dont la date a plus de trente ans, et qui est ainsi réduit à l'état de *non-titre* (comp. Cass., 19 nov. 1845, Gondouin, Dev., 1846, I, 609). Il faut donc qu'il prouve que le titre qu'il invoque à l'appui de sa demande, est encore en vigueur, et que, par conséquent, il prouve qu'il a été exercé (comp. Caen, 2e chambre, 16 août 1828, Schenetz ; Cass., 6 février 1833, Sirey ; et 3 avril 1833, le préfet de l'Aude, Dev., 1833,

I, 161 et 579; Cass., 11 juin 1834, comm. de Sainte-Marguerite, Dev., 1834, I, 613; Pau, 25 févr. 1835, la comm. de Bruges, Dev., 1836, II, 24; Cass., 16 mars 1836, Bussières, Dev., 1836, I, 609; Cass., 15 février 1842, Duvivier, Dev., 1842, I, 344; Julien, *Statuts de Provence*, t. II, p. 547, n° 13; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Usage*, § 9, n° 3; Proudhon et Curasson, *des Droits d'usage*, t. II, n°s 603 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 210; Pardessus, t. II, n° 308; Taulier, t. II, p. 465; Bonnier, *des Preuves*, n°s 36, 37).

1016. — Il est bien entendu que les faits d'usage et de jouissance de la servitude peuvent être prouvés par témoins; cette preuve étant même le plus souvent la seule qui soit possible à cet égard (comp. Pau, 20 février 1835, comm. de Bruges, Dev., 1836, II, 24; Cass., 13 janv. 1840, Bouilly, Dev., 1840, I, 415).

1017. — Il suffit de quelques faits, ou même d'un seul fait d'usage de la servitude, pendant les trente ans, pour que la prescription ne soit pas encourue (art. 706).

C'est, à certains égards, en ce sens que la coutume de Normandie disait : « que la liberté peut s'acquérir par la possession de quarante ans *continuels* contre le titre de servitude. » (Art. 607; comp. aussi Belime, n°s 176, 177.)

1018. — Nous supposons d'ailleurs que les faits d'usage sont réguliers et légitimes; car des faits illicites ne pourraient pas être considérés comme l'exercice légitime du droit de servitude.

C'est ainsi que l'on décide généralement que dans le cas où une servitude ne peut être exercée qu'après avoir obtenu un acte de délivrance du propriétaire du fonds servant, ou de la justice, les faits d'usage, qui n'auraient pas été accompagnés de la délivrance requise, ne peuvent pas être considérés comme suffisants pour conserver la servitude (comp. Cass., 27 janvier 1829, Delbas, D., 1829, I, 120; Cass., 6 mai 1830, d'Ammoneville, D.,

1830, I, 259 ; Cass., 6 févr. 1833, Sirey; et 3 avril 1833, le préfet de l'Aude, D., 1833, I, 170 et suiv. ; *voy.* aussi Caen, 8 févr. 1843, Declercq, Dev., 1843, II, 243; Pardessus, t. II, n° 308; Troplong, *de la Prescription,* t. II, n° 404).

Il en serait de même, dans le cas où les actes, qui auraient eu lieu, devraient être considérés, d'après les circonstances du fait, comme de pure tolérance (comp. Cass., 23 juillet 1860, Fèvre-Hamel, Dev., 1861, I, 526).

1019. — Lorsque, après trente ans de non-usage, le propriétaire du fonds servant tolère des actes d'exercice de la servitude, doit-il être censé avoir par là renoncé tacitement à se prévaloir de l'extinction de la servitude ?

C'est une question que nous avons déjà examinée (*supra,* n° 895; comp. Orléans, 21 déc. 1835, Jousselin, Dev., 1836, II, 1; Cass., 7 juillet 1856, Arrosants, Dev., 1858, I, 776; Belime, n°s 174, 175).

N° 2.

De la prescription du mode de la servitude par le non-usage.

SOMMAIRE.

1020. — Les Romains n'avaient pas admis que la servitude pût être réduite dans son mode d'exercice par la prescription.
1021. — La règle romaine avait passé dans notre ancien droit français. — Observation toutefois à cet égard.
1022. — L'article 708 consacre le principe de la prescription du mode de la servitude par le non-usage. — Observation.
1023. — Explication exégétique des termes de l'article 708.
1024. — Du cas où l'on n'a pas usé du tout de la servitude ; elle est alors éteinte par le non-usage, lors même qu'en n'usant pas de la servitude qui était due, on aurait usé d'une autre servitude qui n'était pas due.
1025. — Suite.
1026. — Du cas où l'on a usé de la servitude principale qui était due, mais d'une manière restreinte. — Distinction.
1027. — A. Du cas où la restriction qui a eu lieu dans le mode d'exercice, constitue une diminution de la servitude, sous le rapport de l'utilité ou de l'émolument qu'elle pouvait procurer.
1028. — Des servitudes continues et apparentes.
1029. — Des servitudes discontinues.
1030. — Suite.

1031. — B. Du cas où le mode d'exercice qui a eu lieu, sans diminuer l'utilité ou l'émolument de la servitude, a opéré un changement dans l'assignation du temps ou du lieu de son exercice. — Des servitudes discontinues.
1032. — Suite.
1033. — Suite.
1034. — Des servitudes continues.
1035. — Suite.

1020. — L'article 708 dispose que :

« Le mode de la servitude peut se prescrire comme la « servitude même, et de la même manière. »

Les jurisconsultes romains, au contraire, n'avaient pas admis que la servitude pût être restreinte ou réduite dans son mode d'exercice, par la prescription ; et il suffisait chez eux, d'user de la servitude d'une manière quelconque, pour qu'elle fût conservée tout entière (comp. L. 9, § 1, ff., *Si servit. vindic.*; L. 2, L. 8, § 1, et L. 9, ff., *Quemadm. servit. amitt.*).

Sans doute, lorsqu'il existait deux servitudes distinctes au profit du même fonds, l'usage de l'une d'elles seulement ne conservait point l'autre, dont on n'avait point usé (comp. L. 10, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; L. 17, princ., ff., *De aqua et aquæ pluv. arc.*). Mais c'est là un cas d'extinction de la servitude par le non-usage, et non point un cas de restriction ni de modification ; et ce n'est que par une interprétation tout à fait inexacte des fragments précités, que l'on a pu en induire une conclusion contraire (comp. Domat, *infra*, n° suivant).

1021. — La règle romaine avait passé dans notre ancien droit français.

C'est ainsi que Pothier enseignait que « le propriétaire du fonds dominant, quoiqu'il n'ait fait qu'une partie de ce que son droit de servitude lui donnait droit de faire dans le fonds servant, n'en conserve pas moins son droit dans toute son intégrité. » (*Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 18.)

Lalaure écrivait de même que « celui qui use de la

servitude en quelque partie, la conserve et la retient tout entière. » (Liv. I, chap. XII, 2e dist., p. 66.)

Et on peut voir que telle est aussi à peu près la doctrine de Basnage (sur l'article 607 de la cout. de Normandie).

Pourtant, à y regarder attentivement, on voit déjà poindre, en quelque sorte, dans les écrits de nos anciens, la doctrine nouvelle de la modification des servitudes par le non-usage; et Domat l'a même inaugurée de la manière la plus explicite en ces termes :

« Les servitudes se perdent par la prescription; ou elles sont reduites à ce qui en est conservé par la possession pendant le temps suffisant pour prescrire. (*Lois civ.*, liv. I, titre XII, sect. VI, n° 5.)

1022. — Notre article 708 consacre aussi formellement ce principe; et il est vraisemblable que c'est à Domat que les rédacteurs du Code Napoléon l'ont emprunté.

On a dit « que l'ancien système était beaucoup plus simple que celui du Code, qui fait naître de nombreuses difficultés dans la pratique. » (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 369.)

Il nous semble toutefois que le système nouveau est rationnel; car puisque le non-usage total de la servitude peut l'éteindre tout entière, il était, à notre avis, logique de décider que le non-usage, en quelque sorte partiel ou restreint, pourrait aussi l'éteindre en partie, ou plus exactement la restreindre et la modifier; d'autant plus que la libération des fonds est toujours favorable.

Nous ne nierons pas, il est vrai, que cet article 708 ne soit d'une explication fort difficile et qu'il ne donne lieu, dans la doctrine et dans la pratique, à de nombreuses controverses; et nous allons entreprendre de poser le principe sur lequel il repose, et les conséquences qu'il convient d'en tirer.

1023. — Il importe, avant tout, de bien préciser les termes de cet article 708 :

« Le mode de la servitude peut se prescrire comme la « servitude même, et de la même manière. »

Le *mode de la servitude*, c'est-à-dire la manière d'en user, telle qu'elle est déterminée par la cause de son établissement. On appelle, en effet, *modes de la servitude*, les différentes manières dont une même servitude peut être exercée. C'est ainsi, par exemple, que le droit de passage peut être exercé, avec bien des modes différents, à pied, ou à cheval, ou en voiture; à telle ou telle heure, soit de jour, soit de nuit, etc. « Modum adjici servitutibus posse « constat; veluti quo genere vehiculi agatur vel non aga- « tur, vel ut equo duntaxat, vel ut ad certum pondus « vehatur.... intervalla dierum et horarum.... ad modum « pertinent jure constitutæ servitutis. (L. 4, § 1 et 2, ff., *de Servit.*);

Peut se prescrire comme la servitude même, c'est-à-dire par le non-usage pendant trente ans, aux termes de l'article 706;

Et de la même manière, c'est-à-dire qu'aux termes de l'article 707, les trente ans commencent à courir (dans le cas de modification restrictive, comme dans le cas d'extinction), selon les diverses espèces de servitude, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

En un mot, même durée de la prescription;

Même point de départ de cette durée.

1024. — Il y a d'abord un cas qui ne saurait faire de difficulté; c'est celui où l'on n'a pas usé du tout de la servitude.

Cette servitude est alors éteinte par le non-usage; et la disposition applicable est celle de l'article 706 et non pas celle de l'article 708.

Cette servitude, disons-nous, est éteinte; et cela, lors même que le maître du fonds dominant, en même temps,

qu'il n'usait pas de la servitude qui lui était due, aurait usé d'une autre servitude qui ne lui était pas due.

La servitude, dont il n'a pas usé, est éteinte (art. 706); et la servitude dont il a usé, ne lui est pas acquise, si elle est discontinue (art. 691); ou même, dans le cas où elle serait continue et apparente, si le fonds sur lequel elle a été exercée, appartient à une personne contre laquelle la prescription n'a pu courir (art. 2252).

Il ne faut pas, en effet, confondre ce qui est *plus ou moins* avec ce qui est *autre chose*, *magis plus quam aliud* (L. 11, princ., ff., *Quemadm. servit. amitt.*). En faisant *plus*, on n'acquiert pas toujours l'excédant; mais du moins on conserve toujours la servitude telle qu'elle existait : j'avais le droit de passer à pied seulement sur votre fonds; et pendant trente ans, j'ai passé à cheval ou en voiture. Je n'ai pas acquis ce dernier mode (art. 691); mais j'ai conservé le droit de passer à pied; car j'ai usé de la servitude, quant à ce mode; le moins est contenu dans le plus (L. 9, § 1, ff., *Si servit. vindic.*)

Il en est tout différemment, quand on a fait autre chose; or, dans l'hypothèse proposée, le maître du fonds dominant n'a pas fait *plus*; nous supposons qu'il a fait *autre chose* (Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 18).

Et l'on peut dire avec le jurisconsulte Paul : *quia, hoc casu, plures sunt servitutes diversarum causarum* (L. 17, princ., ff., *De aqua et aquæ pluv.*).

Il n'y a pas même à distinguer si la servitude, dont on a joui, était plus ou moins avantageuse pour le fonds dominant, plus ou moins onéreuse pour le fonds servant, que celle dont on n'a pas joui. Le principe doit toujours être maintenu; car il n'est pas permis de substituer ainsi une servitude à une autre (comp. L. 18, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; Dunod, *des Prescriptions*, part. III, chap. IV, p. 298; Pardessus, t. II, n° 304; Duranton, t. V, n° 606; Demante, t. II, n° 567).

Vous aviez, par exemple, un droit de puisage, et vous n'avez exercé qu'un droit de passage; ou vous aviez un droit de passage dans l'intérêt de tel fonds et vous avez exercé un droit de passage dans l'intérêt de tel autre fonds. Il est clair que vous n'avez pas alors usé du tout de la servitude qui vous appartenait.

Le principe lui-même est certain et reconnu de tous. Mais, dans l'application, des difficultés sérieuses peuvent s'élever sur le point de savoir si les faits d'usage qui ont eu lieu, constituent un mode différent d'exercice de la même servitude, ou, au contraire, une servitude nouvelle et différente (*infra*, n° 1031).

1025. — Et alors, c'est-à-dire lorsque la servitude elle-même est éteinte par le non-usage, les droits accessoires au moyen desquels la servitude s'exerçait, sont éteints aussi avec elle, lors même que l'on aurait usé de ces droits accessoires.

Vous aviez, par exemple, le droit de puiser de l'eau à la fontaine de votre voisin; et ce n'était que comme moyen accessoire de votre servitude de puisage que vous aviez le droit de passage sur son fonds (art. 696).

Vous avez été, pendant trente ans, sans puiser d'eau à la fontaine; mais vous avez toujours passé sur le fonds.

La servitude de puisage est perdue.

Mais pouvez-vous continuer à exercer la servitude de passage?

Demante exprime à cet égard quelques doutes : « Ne vaudrait-il pas mieux, dit-il, considérer le droit accessoire comme faisant partie de la servitude principale, dont on serait alors censé avoir fait un usage restreint? De cette manière, en vertu de l'article 708, on conserverait le droit ainsi restreint. » (T. II, n° 567 *bis*, II.)

Il nous paraît toutefois impossible de considérer le passage comme un mode d'exercice de la servitude de puisage; c'est bien un moyen de l'exercer; mais un mode d'exercice? non, sans doute; car on n'a puisé de

l'eau d'aucune manière, tant qu'on s'est borné à passer. Aussi, le droit romain lui-même, qui pourtant se montrait plus facile que le nôtre pour la conservation des servitudes par l'usage, déclarait-il, dans ce cas, que la servitude accessoire périssait avec la servitude principale; et telle était aussi la solution généralement admise dans notre ancien droit (comp. L. 17, ff., *Quemadm. servit. amitt.;* Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 18; Basnage sur l'article 607 de la cout. de Normandie; *supra*, n° 831).

1026. — Supposons maintenant que l'on a usé de la servitude principale qui était due, mais seulement que l'usage, qui en a été fait, est restreint, c'est-à dire qu'il n'est pas aussi complet et aussi étendu que celui que comportait expressément ou tacitement la servitude, telle qu'elle existait.

Nous arrivons ainsi tout à fait à l'hypothèse délicate, qui est l'objet de l'article 708.

Pour résoudre plus clairement les difficultés qu'elle soulève, nous croyons qu'il convient de distinguer deux cas :

A. D'abord, celui où la restriction qui a eu lieu dans le mode d'exercice, constitue une diminution de la servitude, sous le rapport de l'utilité ou de l'émolument qu'elle pouvait procurer;

B. Ensuite, celui où le mode d'exercice qui a eu lieu, sans diminuer l'utilité ou l'émolument de la servitude, a opéré un changement dans l'assignation du lieu ou du temps de son exercice, tel qu'il était déterminé d'après sa cause constitutive.

1027. — A. C'est par le non-usage que la servitude peut se trouver restreinte et réduite dans son mode d'exercice, et par conséquent, pour que cette réduction s'opère, la condition indispensable, c'est que le maître du fonds dominant n'ait pas exercé la servitude de la manière dont il avait le droit de l'exercer; c'est que dès lors il ait cessé, lui, de posséder la servitude avec toute

l'étendue qu'elle comportait dans son exercice, et que d'autre part le fonds servant ait recouvré ainsi, en partie, sa liberté.

Cette règle est simple et évidente. Nous allons voir pourtant que l'application peut en être souvent fort délicate, particulièrement en ce qui concerne les servitudes discontinues.

1028. — Quant aux servitudes continues et apparentes, l'application de notre règle sera généralement facile.

J'avais un titre qui m'accordait le droit d'avoir quatre fenêtres d'aspect sur votre héritage; et pendant trente ans, je n'en ai eu que deux.

Ou bien, j'avais le droit de pratiquer sur votre fonds un aqueduc d'un mètre; et je n'y ai établi, depuis trente ans, qu'un aqueduc d'un demi-mètre.

Le droit résultant de mon titre est modifié dans l'un et l'autre cas; et je ne pourrai plus désormais ouvrir de nouvelles fenêtres ni agrandir mon aqueduc. Nous avons même vu qu'il n'est pas nécessaire, dans ces circonstances, que des actes contraires aient été faits, parce qu'il s'agit de la modification du titre lui-même, de la concession du droit d'établir une servitude, plutôt que de la servitude elle-même (*supra*, n°s 992, 993).

Pareillement, si j'avais ouvert d'abord sur votre fonds quatre fenêtres, ou si j'avais établi originairement un aqueduc de un mètre, et que pendant trente ans, deux de mes fenêtres eussent été bouchées, ou mon aqueduc rétréci d'un demi-mètre, la servitude se trouverait, dans l'un et l'autre cas, modifiée et restreinte; car, d'une part, je n'aurais pas possédé la servitude conformément à mon droit, et vous auriez, vous, de votre côté, recouvré d'autant la liberté de votre héritage.

Ou encore, le mur de Paul, d'une longueur de cent mètres, était assujetti envers mon fonds à la servitude *altius non tollendi;* et Paul a élevé son mur dans une longueur de cinquante mètres. Il a prescrit la servitude,

mais seulement dans une étendue de cinquante mètres ; car sa libération résulte uniquement de sa possession, en tant que cette possession est contraire à mon titre de servitude ; or, elle n'y est contraire qu'en une certaine partie ; donc, la libération qui en résulte est limitée à cette partie : *tantum præscriptum quantum possessum*. C'est par la même raison que Paul ne pourrait pas non plus exhausser ensuite davantage la partie même de son mur, qu'il a déjà élevée, à moins que l'exhaussement, qui a eu lieu, et qui est aujourd'hui garanti par la prescription, n'ait supprimé tout à fait la servitude, et que par suite la surélévation qui y serait ajoutée, ne puisse plus nuire désormais au fonds qui était dominant (comp. Metz, 6 juin 1866, Oulif, Dev., 1867, II, 147.)

De même enfin, si vous étiez soumis à la servitude de ne pas nuire à la vue du voisin, et que vous eussiez néanmoins fait, depuis plus de trente ans, des plantations sur votre fonds, vous pourriez bien les garder; mais il ne vous serait pas permis de les remplacer par un mur (comp. Toullier et Duvergier, t. II, n° 102, note *a;* Pardessus, t. II, n° 308).

1029. — Mais c'est relativement aux servitudes discontinues, que l'application de la règle posée plus haut (n° 1027) peut offrir de sérieuses difficultés.

Mon titre me donne le droit de passer par votre héritage, à pied, ou à cheval, ou avec voiture; et pendant trente ans, je n'ai passé qu'à pied.

Ai-je perdu le droit de passer désormais à cheval ou en voiture ?

Ou bien, j'avais le droit de passer à toute heure de jour ou de nuit ; et pendant trente ans je n'ai passé que de jour.

Ai-je perdu le droit d'exercer désormais mon droit de passage pendant la nuit ?

On répond, en général, affirmativement (comp. Delvincourt, t. I, p. 165, note 2; Duranton, t. V, n° 606; Pardessus, t. II, n° 305; Marcadé, art. 708, n° 674).

Et, dans l'intérêt de cette doctrine, voici l'argument que l'on peut faire :

D'après l'article 708, le mode de la servitude se prescrit comme la servitude même, et de la même manière; or, d'après l'article 707, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, la prescription commence *du jour où l'on a cessé d'en jouir*, sans qu'il soit besoin d'un acte contraire; donc, de la même manière que la servitude tout entière serait prescrite, si je n'avais point passé du tout pendant trente ans, de même le mode est prescrit, si je n'ai passé qu'à pied pendant trente ans; et par la même raison que je ne pourrais plus passer du tout dans le premier cas, je ne puis plus, dans le second cas, passer désormais à cheval ni en voiture.

Cette doctrine ainsi formulée, en termes absolus, ne nous paraît pas admissible.

Il n'y aurait lieu, suivant nous, de l'appliquer que dans le cas (le plus rare certainement) où les différents modes de la servitude devraient être considérés en fait, d'après la volonté des parties contractantes ou du constituant, comme autant de droits distincts, séparés et indépendants les uns des autres; de telle sorte que l'usage de l'un de ces droits ne représenterait, en aucune façon, l'usage de l'autre; et c'est en ce sens que Basnage, sur notre question même, répondait que « si ces droits ont été donnés par titres séparés, le droit de l'un ne se conserve point par la possession de l'autre. » (Sur l'article 607 de la cout. de Normandie; comp. L. 17, princ., ff., *De aqua et aquæ pluv.*)

Mais au contraire, lorsque mon titre me confère, d'une manière indéfinie et sans limitation, le droit de passer à pied, à cheval ou en voiture, ou de passer indistinctement le jour ou la nuit, je crois qu'il suffit que j'aie passé à pied pour conserver le droit de passer à cheval ou en voiture, ou que j'aie passé pendant le jour pour conserver le droit de passer pendant la nuit :

1° Le titre ne peut pas évidemment se restreindre par le non-usage, lorsque l'on a usé du droit, de tout le droit, qu'il conférait, lorsqu'en un mot la possession est exactement conforme à ce titre;

Or, le droit que me confère mon titre, dans les espèces proposées, c'est le droit unique et illimité de passer, à mon choix, suivant mes besoins, mes convenances ou ma volonté, soit à pied, à cheval ou en voiture, soit le jour ou la nuit; mon droit réside précisément dans l'option, qui m'appartient, d'exercer à mon gré la servitude, suivant tel mode que je voudrai choisir, chaque fois qu'il me plaira de l'exercer; *et de m'en servir*, comme disait encore Basnage, *selon ma commodité et comme je le trouve à propos* (*loc. supra cit.*);

Donc, j'ai usé, en effet, de la servitude dans son entier, en passant seulement à pied, ou seulement pendant le jour; car chaque fois que je passais à pied, ou pendant le jour, j'exerçais l'option qui résultait de mon titre; et par conséquent ma possession était conforme à mon titre.

Que l'on dise, en effet, à quelle époque, à quel moment pourrait alors commencer la prescription par le non-usage? La fera-t-on commencer dès le premier jour où après l'établissement de la servitude, je me suis présenté pour passer et où j'ai passé à pied? mais il est clair que ce jour-là, j'ai commencé à user de la servitude comme j'en avais le droit, et qu'en choisissant le passage à pied, j'ai exercé précisément le droit, tout le droit, qui résultait de mon titre; or, si cela est vrai du premier acte de passage, il en est évidemment ainsi de tous les actes subséquents; donc, il est impossible de trouver un point de départ à la prescription. Lors même que j'aurais deux servitudes distinctes sur votre fonds, si ces servitudes m'avaient été concédées avec la faculté d'user à mon choix, indifféremment de l'une ou de l'autre, l'usage de l'une de ces servitudes empêcherait la prescription à l'é-

gard de l'autre; car l'usage des deux servitudes consisterait alors précisément dans l'exercice de mon droit d'option; à plus forte raison, en doit-il être ainsi de deux modes d'exercice de la même servitude?

2° La doctrine contraire aboutirait à des conséquences véritablement impossibles, que M. Dupret a fort bien signalées dans son article de la *Revue de Droit français et étranger*, que nous avons citées déjà (t. III, p. 817 et suiv.). Il s'ensuivrait, par exemple, que si j'ai le droit de passer sur votre fonds toute l'année, sans aucune limitation d'époque, et que je n'aie passé pendant trente ans, que l'été, parce que l'hiver j'habite un autre pays, j'aurais perdu le droit d'exercer mon droit de passage pendant l'hiver; ou même que si, ayant le droit de passage à pied ou avec chevaux et voitures, je n'ai passé pendant trente ans que huit ou dix fois avec voiture, je ne pourrais plus désormais passer avec voiture que huit ou dix fois par an! Évidemment, il n'en saurait être ainsi (comp. Cass., 5 juin 1860, Baudet, Dev., 1860, I, 497).

3° Que faut-il donc pour que le mode de la servitude puisse, en pareil cas, se prescrire? Il faut que la possession n'ait pas été conforme au titre, et qu'il résulte des faits de l'espèce que, en exerçant seulement l'un des modes de mon droit, je n'ai pas exercé mon droit tout entier, c'est-à-dire que je n'ai pas exercé l'option que me conférait mon titre, et que la restriction que le mode d'exercice de la servitude a éprouvée pendant trente ans, a eu une autre cause que mes besoins, mes convenances ou ma volonté. La preuve en serait certaine, dans le cas où un obstacle matériel quelconque se serait opposé à l'exercice de tous les modes possibles de ma servitude; et cela, lors même que je n'aurais pas eu le besoin ni même la volonté de les exercer; la prescription commencera dès le jour où, en fait, il ne m'aurait pas été possible d'user de mon titre de toutes les manières dont j'avais

le droit d'en user; comme si, par exemple, le chemin avait été rétréci de telle sorte, que le passage à cheval ou en voiture fût devenu impossible, ou si l'établissement d'une porte fermée pendant la nuit, n'avait permis le passage que pendant le jour. On objecte que des actes contraires à la servitude ne sont pas nécessaires pour faire courir la prescription, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues. Il est vrai; mais remarquez pourtant aussi que, d'après l'article 707, la prescription ne commence à courir pour ces sortes de servitudes, que *du jour où l'on a cessé d'en jouir*. Nous ne prétendons pas d'ailleurs que le cas où il aurait été fait des actes contraires, soit le seul où le mode de la servitude pourrait être prescrit dans la question qui nous occupe; il en serait encore de même, si lorsque j'aurais voulu passer à cheval ou en voiture, ou pendant la nuit, vous y aviez fait opposition, et qu'après cette défense, je n'eusse ensuite passé pendant trente ans qu'à pied et pendant le jour; de même si mes voitures s'étaient arrêtées, pendant trente ans, à l'entrée de votre fonds, et que la décharge en ait eu lieu à cet endroit, et que le transport ait été fait ensuite, sur votre fonds lui-même, à dos d'homme, ou de chevaux; car tous ces faits impliqueraient, au bout de trente ans, la présomption d'une convention modificative de la servitude. Il en serait de même encore, si j'avais cru n'avoir le droit de passer qu'à pied ou de jour; car il est clair, dans ce cas, que je n'aurais pas exercé tout le droit qui résultait de mon titre, c'est-à-dire le droit d'option entre les divers modes d'exercice de la servitude (L. 20, ff., *Quib. mod. usufr. amitt.;* Pothier, *Intr. à la cout. d'Orléans*, n° 18; Roupnel, sur l'article 607 de la cout. de Normandie, t. II, p. 813; Toullier, t. II, n° 703; Taulier, t. II, p. 468).

1030. — Il y a donc, comme on le voit, dans ces sortes de questions, un double point à résoudre :

1° Quel est le droit que le titre confère? est-il limité et défini? ou, au contraire, indéfini et illimité?

2° La possession a-t-elle été conforme au titre? ou, en d'autres termes, a-t-on usé du droit, de tout le droit, que le titre conférait?

Sur le premier point, c'est dans le titre constitutif qu'il faudra surtout chercher la véritable intention des parties ou du disposant. Pardessus, à cet égard, indique comme un élément de décision, la circonstance que pour exprimer les différents droits résultant du titre, on aurait employé soit la conjonctive *ou*, en concédant, par exemple, le droit de passer à pied, ou à cheval, ou en voiture; soit la disjonctive, *et*, en concédant le droit de passer à pied, et à cheval, et en voiture. Dans le premier cas, il y aurait un droit alternatif, qui se conserverait tout entier par l'exercice même d'un seul de ses modes; tandis que la seconde formule établirait seulement plusieurs droits distincts et séparés, qui, pour être conservés individuellement, devraient, en effet, aussi être individuellement exercés (t. II, n°s 304, 305). Tout en reconnaissant la justesse de cette observation, nous ajouterons pourtant qu'il faut bien prendre garde d'attacher ici à cette différence dans les mots une importance que les parties n'y auraient pas mise elles-mêmes; et c'est, avant tout, dans leur volonté qu'il faut chercher le caractère du droit qu'elles ont établi (arg. de l'article 1156).

Quant au second point, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir si la possession a été conforme au titre, c'est dans l'appréciation des faits que réside le moyen de solution; il faudra voir si la manière restreinte, dont le droit complexe a été exercé, n'est que l'effet de la volonté unilatérale de celui qui pouvait, à son gré, exercer le droit tout entier de cette manière; ou si, au contraire, cette possession modifiée ne suppose pas une sorte de résistance, en quelque sorte, contradictoire, de la part du propriétaire du fonds servant qui aurait ainsi recouvré, en partie, sa possession de liberté.

1031. — B. Il nous reste à exposer ce qui concerne

le changement d'assignation résultant de la manière dont la servitude a été exercée (*supra*, n° 1026); et nous examinerons cette thèse dans ses deux applications les plus importantes et les plus usuelles, c'est-à-dire en tant qu'il s'agit de l'assignation du lieu et du temps, qui auraient été déterminés pour l'exercice de la servitude.

C'est surtout à l'égard des servitudes discontinues, qui ne peuvent point s'acquérir par la prescription, que ce sujet offre de grandes difficultés; nous allons donc nous en occuper d'abord.

J'avais le droit de passer sur telle partie de votre fonds ; et pendant trente ans, j'ai passé sur une autre partie.

J'avais le droit de prendre de l'eau à un puits, qui se trouve dans votre cour; et pendant trente ans, j'ai puisé de l'eau à un autre puits, qui est aussi chez vous, dans la même cour.

Mon titre me concède le droit de prendre l'eau à votre source, de six heures du matin à midi; et pendant trente ans, j'en ai pris de midi à six heures du soir.

Ou enfin, j'avais le droit de passer sur votre fonds pendant le jour; et pendant trente ans, je n'ai passé que pendant la nuit.

Quel sera, dans ces différents cas, l'effet de cette interversion de lieu ou de temps dans l'exercice de la servitude?

On répond, en général, que la servitude est alors complétement éteinte.

D'une part, dit-on, vous avez perdu le droit que vous conférait votre titre, de passer sur telle partie du fonds; de puiser de l'eau à tel puits ; de prendre de l'eau de six heures du matin à midi, et d'exercer votre passage pendant le jour; vous l'avez perdu, puisque pendant trente ans, vous n'en avez pas usé (art. 706).

D'autre part, vous n'avez pas acquis le droit de passer sur une autre partie du fonds ; de puiser de l'eau à un

autre puits; d'en prendre de midi à six heures du soir; ou d'exercer votre passage pendant la nuit; vous ne l'avez pas acquis, puisque ce sont là des servitudes discontinues, qui ne peuvent pas s'acquérir par la prescription (art. 691).

Les lois romaines semblent bien, en effet, favoriser cette doctrine (comp. L. 10, § 1, et L. 18, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; L. 2, ff., *De aqua quot. et æstiv.*).

Cœpolla (tract. II, cap. IX, n° 33) enseignait aussi que le propriétaire du fonds dominant perdait la servitude, *quando debebat uti certo tempore vel loco, et usus est alio loco vel tempore*. Et telle était également la conclusion de Pothier (*Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 18).

Cette conclusion est encore aujourd'hui celle de la plupart des auteurs modernes (comp. Delvincourt, t. I, p. 165, note 2; Duranton, t. V, n° 607; Pardessus, t. II, n° 304; Toullier, t. III, n° 702; Belime, n° 171; Marcadé, sur l'article 708, n° 674; Mourlon, *Rép. écrit*, t. I, p. 824; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 211, note 9).

Nous avons toujours considéré, pour notre part, que cette doctrine, dans les termes absolus où elle est presque partout proposée, était d'une dureté excessive, qui aboutissait, dans beaucoup de cas, à une injustice manifeste, puisqu'il en résulte finalement que l'on déclare éteinte par le non-usage une servitude dont, en réalité, celui auquel elle est due n'a jamais cessé d'user!

La doctrine qui précède n'est donc, suivant nous, admissible qu'avec une importante distinction, pareille à celle que nous avons déjà faite ailleurs (*supra*, n° 844), et que voici :

Ou bien, l'assignation soit de lieu, soit de temps, déterminée pour l'exercice de la servitude, est limitative, et forme un des éléments constitutifs et essentiels du droit lui-même;

Ou, au contraire, cette assignation est purement démonstrative et réglementaire, et n'a eu, dans l'intention des parties, qu'un but secondaire et accessoire, à savoir : de régler seulement la manière dont le droit serait exercé.

Dans le premier cas, nous adoptons nous-même la conclusion de la doctrine exposée plus haut. Car, lorsqu'une fois il est reconnu, en fait, que l'assignation du lieu ou du temps est un des éléments essentiels de la servitude, il est vrai de dire que la servitude qui serait exercée sur un autre lieu ou dans un autre temps, constituerait une servitude différente, quoique de la même espèce; qu'elle ne serait plus la même individualité, le même être moral; et nous dirions alors, avec Belime (*loc. supra cit.*), du maître du fonds dominant : *non fecit quod potuit; fecit quod non potuit.* Tel était évidemment aussi le sentiment de Basnage; après avoir décidé, en règle générale que « *celui qui passe par un autre chemin que celui qui lui a été marqué et désigné, conserve son droit,* » l'excellent auteur ajoutait : « *Si toutefois je ne vous avais permis de passer que par un certain fonds, bien que vous fussiez allé par un autre, cette possession vous serait inutile. Il en est de même de celui qui ne pouvait prendre de l'eau qu'à une certaine fontaine, et qui aurait été puiser de l'eau à une autre.* » (Sur l'article 607 de la cout. de Normandie.)

Mais, au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il est reconnu que l'assignation de lieu ou de temps n'est que purement démonstrative et réglementaire, nous ne saurions admettre que la servitude soit éteinte par le non-usage, par cela seul que l'usage qui en a eu lieu, n'aurait pas été conforme à l'assignation énoncée dans le titre ou résultant de l'exécution antérieure. La servitude, en effet, ne peut périr que par le non-usage; or, dans notre hypothèse, on a usé de la servitude; donc, il est impossible qu'elle ait péri *non utendo.* On en a usé,

disons-nous; car il y a ici deux choses qu'il ne faut pas confondre : la servitude elle-même, le droit principal que le titre a établi; et ensuite, l'indication du lieu ou du temps, qui a été assigné pour son exercice; or, encore une fois, nous supposons qu'il est constaté, en fait, que cette indication n'est que secondaire, accessoire, et simplement énonciative; qu'elle ne forme pas, dans l'intention des parties, un des éléments constitutifs et essentiels de la servitude elle-même, de telle sorte que c'est la servitude, la même servitude, qui a été établie par le titre, que l'on a exercée, encore bien qu'on l'ait exercée sur un autre lieu ou dans un autre temps. Cela est possible apparemment! Il se peut très-bien que les parties n'aient exprimé l'assignation du lieu ou du temps que comme une clause purement secondaire; supposez même que le titre ne renferme à cet égard, aucune indication; est-ce que l'exécution, c'est-à-dire l'usage de la servitude, n'aura pas pour résultat de déterminer cette assignation du lieu ou du temps? oui, sans doute; car cet usage prolongé pendant trente ans fera présumer une convention des parties à cet égard; or, si l'usage de la servitude peut déterminer le lieu ou le temps de son exercice, à défaut d'assignation, l'usage doit pouvoir également opérer un changement de ce lieu et de ce temps; car il fait présumer également, dans ce dernier cas, une nouvelle convention des parties, ou plutôt un règlement nouveau sur l'exercice de la servitude (comp. *supra*, n° 794; Cass., 23 juill. 1855, Tallavigne, *Gazette des Tribunaux* du 25 juill. 1855; Cass., 6 déc. 1864, De la Rochefoucauld, Dev., 1865, I, 79; Caen, 24 juill. 1865, Lecesne, Dev., 1866, II, 191).

1032. — Et maintenant, dans quels cas l'assignation du lieu ou du temps de l'exercice de la servitude devra-t-elle être considérée comme limitative et de rigueur, ou seulement comme démonstrative et réglementaire?

C'est là, bien entendu, une question de fait et d'interprétation.

Il sera presque toujours évident que cette assignation n'est que démonstrative, lorsqu'elle n'aura été faite que par un second acte postérieur au titre constitutif; mais cette circonstance n'est nullement nécessaire; et lors même que l'assignation se trouverait dans le titre constitutif, on pourra certainement encore, et on devra même le plus souvent, suivant nous, y reconnaître ce caractère. Pour cela, il faudra se demander ce qui serait arrivé si, indépendamment même du fait du propriétaire du fonds dominant, l'usage de la servitude fût devenu impossible par un accident de force majeure; si, par exemple, dans le cas où l'endroit assigné à l'exercice du passage, serait devenu impraticable, il aurait pu exiger le passage par un autre endroit du fonds servant; ou si, dans le cas où le puits assigné à l'exercice de son droit de puisage, étant venu à tarir, il aurait été fondé à exercer son droit de puisage à l'autre puits qui se trouve dans ce fonds; ou encore si la prise d'eau ne pouvant pas, par une circonstance quelconque, avoir lieu de six heures du matin à midi, pourrait être, sur la demande du propriétaire du fonds dominant, reportée de midi à six heures du soir, etc.; car, si on décidait affirmativement ces questions-là, il est clair que l'assignation n'aurait nullement affecté le droit principal lui-même.

On verra également si le propriétaire du fonds servant pouvait avoir un intérêt quelconque à ce que la servitude s'exerçât sur une partie de son fonds plutôt que sur l'autre, en tel temps plutôt qu'en tel autre temps, ou si, au contraire, il n'en avait absolument aucun : comme si, par exemple, les deux puits qui se trouvent dans son fonds, étaient situés à peu près à la même distance, et surtout si les eaux étaient, de chaque côté, aussi abondantes et de même qualité, les puits étant alimentés par la même source.

C'est surtout en ce qui concerne l'assignation du lieu pour l'exercice d'un droit de passage, qu'il nous semble que l'on devra être très-porté à n'y voir qu'une clause simplement accessoire et réglementaire ; car il est certain que l'exercice du passage, en cas d'enclave, a pour résultat de déterminer et même de déplacer cette assignation (*supra*, n° 624) ; et nous avons vu aussi que la loi elle-même considère si bien que cette assignation n'est, en général, que secondaire, qu'elle permet au propriétaire du fonds assujetti d'offrir au propriétaire de l'autre fonds un autre endroit pour l'exercice de son passage, et que celui-ci ne peut pas le refuser (art. 701).

Enfin, dans tous les cas, le fait même que la servitude aura été exercée pendant trente ans sur un autre lieu ou dans un autre temps que le lieu ou le temps qui avaient été primitivement assignés, autoriserait beaucoup à faire croire que les parties, en effet, de part et d'autre, n'ont considéré cette assignation que comme secondaire et accessoire, et susceptible de changement; car l'exécution du titre par les parties elles-mêmes, l'usage de la servitude de la part de l'un, le silence et la tolérance de l'autre, cette exécution est certainement le meilleur moyen d'interprétation du titre lui-même.

1033. — Supposons que l'on décide en fait, que l'assignation du lieu ou du temps, portée dans le titre constitutif, n'était que démonstrative, et que la servitude a été conservée, quoiqu'on en ait usé par un autre lieu et dans un autre temps.

Quel sera l'effet de cette interversion prolongée pendant trente ans?

En résultera-t-il un changement, une novation obligatoire de part et d'autre, dans l'assignation qui était portée au titre?

Ou, au contraire, le propriétaire du fonds servant aura-t-il toujours le droit de faire revenir le propriétaire du fonds dominant à l'assignation primitive?

Duranton enseigne que *ce dernier point est incontestable* (t. V, n° 608); et tel est aussi le sentiment de M. Dupret, qui accorde même au propriétaire du fonds assujetti l'option entre les trois partis suivants : ou bien faire revenir à l'assignation primitive, ou bien maintenir l'assignation possédée, ou bien enfin en provoquer une en dehors de celle-ci (*Revue de droit. franç. et étr.*, t. III, p. 836).

Et l'on peut dire effectivement en ce sens, que l'on ne peut pas plus acquérir par prescription un mode quelconque, meilleur ou seulement différent, de servitude discontinue, que l'on ne pourrait acquérir ainsi la servitude discontinue elle-même (art. 691).

Nous ne méconnaissons pas la gravité de cet argument, surtout lorsque le fonds servant appartient à un mineur ou à tout autre propriétaire, contre lequel la prescription n'a pas pu courir, et dans l'intérêt duquel on semblerait alors fondé à réclamer du moins le retour à l'assignation primitive.

La question, amenée à ces termes, nous touche, nous l'avouerons, déjà beaucoup moins ; et dès que la servitude elle-même est sauvée, nous nous sentons moins ému, dans l'intérêt de celui auquel appartient la servitude, de la doctrine qui ne lui permet pas d'invoquer désormais, comme obligatoire pour le propriétaire du fonds servant, l'assignation de lieu et de temps, suivant laquelle il l'exerce depuis plus de trente ans.

Mais pourtant, ne pourrait-on pas aussi prétendre que cette assignation nouvelle doit faire désormais la loi commune des deux propriétaires? Remarquons bien, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'acquérir par prescription une servitude discontinue ; la servitude est établie par le titre, nous le supposons. De quoi donc s'agit-il ? seulement de l'exécution d'une clause accessoire et secondaire de ce titre. S'il n'y avait eu, à cet égard, aucune clause dans le titre constitutif, l'exécution aurait pu y suppléer ; et au bout de trente ans d'exercice de la servitude par un cer-

tain lieu ou en un certain temps, cette exécution du titre aurait déterminé, de part et d'autre, entre les parties, l'assignation du lieu et du temps, sans que l'on eût été fondé à objecter que la servitude discontinue ne peut pas s'acquérir par la prescription. Or, pourquoi l'usage prolongé pendant trente ans de la servitude en un autre lieu ou dans un autre temps, que le lieu ou le temps indiqués dans le titre, ne ferait-il pas présumer aussi qu'un nouveau règlement sur l'exercice de la servitude a été arrêté entre les parties ou par elles-mêmes ou par leurs représentants légaux.

J'avais, par exemple, le droit d'ouvrir une fenêtre sur telle partie de votre fonds; je ne l'ai point ouverte sur cette partie; ou j'ai fermé depuis plus de trente ans celle que j'y avais d'abord ouverte; mais aussi, depuis plus de trente ans, j'ai ouvert une fenêtre sur une autre partie de votre fonds.

1034. — La thèse que nous venons d'exposre, présente beaucoup moins d'intérêt en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes, qui peuvent s'acquérir par la prescription (art. 690).

Il n'est pas très-dangereux alors, pour le propriétaire du fonds dominant, de dire qu'il a perdu par le non-usage, la servitude qui lui était due, parce que la servitude qu'il a exercée n'est pas un mode nouveau ou différent, et qu'elle est une servitude nouvelle et distincte, qui, bien que de la même espèce (servitude de vue), n'en constitue pas moins un être moral différent et un nouvel être intellectuel. — Soit! car s'il a perdu celle dont il n'a pas usé, il a acquis celle dont il a usé (art. 690); et les choses vont rester dans l'état où elles sont depuis trente ans.

1035. — Cette question toutefois pourrait devenir fort délicate, même à l'égard des servitudes continues et apparentes, si le fonds servant avait appartenu à un mineur ou à tout autre contre lequel la prescription n'aurait

pas pu courir; tandis qu'au contraire, le fonds dominant appartenait à un propriétaire en faveur duquel il n'existait aucune cause de suspension de la prescription.

Faudra-t-il décider, dans ce cas, que la servitude qui était due, n'ayant pas été exercée pendant trente ans, est éteinte par le non-usage, et que celle qui a été exercée, n'a pas pu être acquise, puisque le propriétaire du fonds sur lequel on l'exerçait, était mineur ou interdit?

Oui, sans doute, il le faudra dire, si la servitude qui a été exercée à un autre lieu ou dans un autre temps que le lieu ou le temps désignés par le titre, constitue une servitude nouvelle et différente, un autre individu intellectuel. Et nous conviendrons qu'en cas pareil, cette solution pourra être généralement la plus vraie.

Mais est-ce à dire qu'il faudrait pousser la rigueur jusqu'à voir une servitude nouvelle et différente dans le plus petit et le plus insignifiant déplacement du lieu ou du temps assigné à l'exercice de la servitude? De ce que la fenêtre, par exemple, pratiquée dans la maison nouvelle qui aurait été reconstruite à la place de l'ancienne maison démolie, se trouverait un peu plus à droite ou à gauche du fonds servant que l'ancienne fenêtre, faudrait-il conclure que ce n'est plus la même servitude de vue, et qu'au bout de trente ans, on sera fondé à faire fermer cette fenêtre? une telle solution, aussi radicale, aussi absolue pour tous les cas, sans distinction, nous semblerait bien dure, surtout s'il était constaté qu'il y a eu plutôt diminution de la servitude dans l'intérêt du fonds servant qu'aggravation à son préjudice; et nous croirions, avec M. Dupret (*loc. supra cit.*, p. 841), que le plus qu'on pourrait exiger alors, si en effet les juges reconnaissaient, dans l'espèce, que c'est la même servitude, le même être moral qui a été exercé; que le plus, disons-nous, que l'on pourrait exiger, dans l'intérêt du propriétaire mineur du fonds servant, c'est que la fenêtre fût rétablie à son ancienne place (*supra*, n° 780).

Cette solution serait surtout bien favorable, et elle devrait même être, suivant nous, suivie en général, à moins de circonstances exceptionnelles, dans le cas d'une simple assignation de temps, s'il était reconnu que cette assignation n'était que purement secondaire et démonstrative.

Nous savons bien que, pour justifier les propositions rigoureuses et inexorables que nous venons de combattre dans le cours des développements qui précèdent, on a dit « qu'elles étaient nécessaires pour empêcher les atteintes que les propriétaires des fonds dominants sont toujours disposés, surtout dans les campagnes, à porter au titre constitutif de la servitude. » (Delvincourt, t. I, p. 575, note 2.)

Cette considération n'est pas sans valeur assurément; et nous y avons eu nous-même égard fort souvent. Mais elle ne saurait aucunement justifier les conclusions absolues, et selon nous, véritablement iniques, d'une thèse, qui en vient, comme nous le disions au début de ce sujet, jusqu'à déclarer complétement éteinte par le non-usage, une servitude dont celui à qui elle était due, n'a pas, au contraire, cessé d'user!

§ IV.

De la renonciation, ou de la remise de la servitude par le propriétaire du fonds dominant au propriétaire du fonds servant.

SOMMAIRE.

1036. — Exposition.
1037. — Par qui peut être consentie la remise de la servitude?
1038. — Suite. — Du cas où l'héritage soit dominant, soit servant, appartient par indivis à plusieurs copropriétaires.
1039. — La remise peut être expresse ou tacite. — De la remise expresse.
1040. — Suite.
1041. — De la remise tacite.
1042. — Suite. — Comment la remise tacite peut-elle être prouvée?
1043. — Suite.
1044. — Suite. — Du cas où le propriétaire du fonds dominant fait lui-même des travaux incompatibles avec l'exercice de la servitude.

1045. — Du consentement donné par le propriétaire du fonds dominant à la vente du fonds servant.
1046. — Des effets de la remise expresse ou tacite.
1047. — Suite.

1036. — Quoique le Code ne renferme aucune disposition à cet égard, il est évident que les servitudes peuvent encore s'éteindre par la renonciation ou par la remise; car chacun peut disposer de ce qui lui appartient (art. 537, 544); et si le législateur ne s'en est point occupé dans notre titre, c'est sans doute parce que ce mode d'extinction n'a rien de précisément spécial aux servitudes, et qu'il dérive des principes généraux du droit (*voy.* notre tome X, n° 727).

1037. — C'est en conséquence de ces principes, que l'abandon ou la remise de la servitude ne peut être consenti que par celui qui est propriétaire du fonds dominant et qui a le pouvoir, comme dit Pothier, de disposer de ses immeubles. (*Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 16).

L'usufruitier, par exemple, ou l'emphytéote, ne pourrait donc pas consentir la remise des servitudes au préjudice du nu-propriétaire; pas plus d'ailleurs que le nu-propriétaire ne pourrait la consentir au préjudice de l'emphytéote ou de l'usufruitier (*voy.* notre tome X, n° 653).

De même que le tuteur ni le mari ne pourraient priver ainsi les immeubles du mineur ou de la femme des servitudes actives qui leur seraient dues (L. 5, ff., *De reb. eorum qui sub tutela;* L. 6, ff., *De fundo dot.*).

1038. — Par suite du même principe, lorsque le fonds dominant ou le fonds servant appartiennent par indivis à plusieurs copropriétaires, la servitude ne peut s'éteindre par la remise qu'autant que cette remise est consentie :

Soit par tous les propriétaires du fonds dominant;

Soit au profit de tous les copropriétaires du fonds servant.

Tel est l'effet de l'indivisibilité de la servitude, activement et passivement; ce n'est point aux personnes ni par les personnes qu'elle est due; c'est à l'héritage lui-même tout entier et par l'héritage lui-même tout entier : *quoniam non personæ, sed prædia debent...; neque remitti servitus per partem poterit* (L. 34, princ., ff., *de Servit. præd. rust.*).

D'où il suit que la servitude ne peut pas cesser d'exister pour l'un des copropriétaires et continuer d'exister pour l'autre (comp. Cass., 6 août 1860, Coupy, Dev., 1861, I, 142).

Et il en est ainsi, alors même que l'émolument de la servitude serait divisible; le principe de l'indivisibilité du droit n'en subsiste pas moins: et la servitude elle-même est, dans tous les cas, attachée, activement et passivement, à toutes les parties, et s'il était permis de s'exprimer ainsi, à toutes les molécules de l'héritage indivis, servant ou dominant (comp. Dumoulin, *Div. et indiv.*, part. III, n°s 87 et 189).

Ce n'est pas à dire que la remise consentie par un seul des copropriétaires du fonds dominant soit absolument sans effet; au contraire, il en résultera : 1° que, durant l'indivision elle-même, il ne sera plus personnellement fondé à réclamer l'exercice de la servitude (comp. L. 11, ff., *de Servit. præd. rust.*); 2° que, si par le partage ou la licitation, ou de toute autre manière, celui qui a consenti la remise, devient seul propriétaire du fonds dominant, la servitude sera éteinte (comp. L. 6, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.;* article 883; Pothier, *Introd. au tit.* XIII *de la cout. d'Orléans*, n° 16; Pardessus, t. II, n° 315).

Nous reviendrons d'ailleurs sur toutes ces questions, lorsque nous traiterons des obligations divisibles et indivisibles.

Ajoutons seulement que, dans le cas où deux propriétaires se seraient accordé réciproquement des servitudes

sur les fonds l'un de l'autre, la renonciation de l'un à la servitude, qui lui appartient, ne saurait emporter la renonciation de l'autre, si celui-ci, en effet, n'avait pas renoncé à la servitude qui lui est acquise (comp. Lyon, 11 févr. 1864, Bret, Dev., 1864, II, 302).

1039. — La remise peut être expresse ou tacite.

Les conditions de la remise expresse, en ce qui concerne le fond et la forme, dépendent de la nature de l'acte au moyen duquel elle s'opère.

Cette remise, en effet, peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit.

Lorsque c'est à titre onéreux que le propriétaire du fonds dominant renonce à la servitude, l'opération ne constitue plus une remise, dans le sens spécial de ce mot, mais une sorte de vente, et de la part du propriétaire du fonds servant, une espèce de rachat de la servitude.

La remise véritable est celle qui est faite à titre gratuit, soit par donation entre-vifs, soit par testament (comp. L. 3, 6 ff., *De adim. leg.*).

Et, dans l'un comme dans l'autre cas, il faut alors observer les conditions et les formes requises par la loi, soit pour les actes à titre onéreux, soit pour les libéralités entre-vifs ou testamentaires (*voy.* notre tome X, n° 732).

Nous avons remarqué aussi déjà que tout acte portant renonciation à des droits de servitude, devait être transcrit au bureau du conservateur des hypothèques, aux termes de l'article 2 de la loi du 23 mars 1855.

1040. — On peut encore supposer que le propriétaire du fonds dominant renonce purement et simplement à la servitude, par un abandon unilatéral, *pro derelicto*, comme si, par exemple, il croyait qu'il vaut mieux pour lui renoncer à son droit que de faire les dépenses nécessaires à son exercice.

Et alors nous pensons :

1° Que cette renonciation n'est assujettie à aucune

forme spéciale; car ce n'est là qu'une abdication pure et simple (arg. des articles 621 et 2180); et que lors même qu'elle serait faite ainsi par le propriétaire du fonds dominant, dans l'intention de gratifier le propriétaire du fonds servant, il n'y aurait pas lieu d'observer les formes solennelles de la donation entre-vifs; car ces formes n'atteignent pas, en général, les libéralités indirectes;

2° Que cette renonciation n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire du fonds servant, et qu'elle ne pourrait pas être rétractée à son préjudice, dès qu'il aurait annoncé, de quelque manière que ce fût, la volonté d'en profiter (comp. Cass., 4 juin 1832, Gerbaud, D., 1832, I, 62; Rouen, 22 janvier 1846, Tascher, Dev., 1847, II, 29; Bordeaux, 23 déc. 1847, Cipiere, Dev., 1848, II, 239; *voy.* aussi notre tome X, n°s 773 et 773 *bis*).

1041. — Quant à la remise tacite, elle résulte de tout consentement ou autorisation quelconque donnés par le propriétaire du fonds dominant et qui supposent nécessairement de sa part l'intention de renoncer à son droit.

Nous disons *nécessairement*, parce qu'il ne faut pas présumer facilement une remise, qui doit toujours être certaine et non équivoque. Voilà pourquoi, par exemple, on ne serait pas fondé à l'induire du consentement que le maître du fonds dominant aurait donné à l'établissement d'ouvrages passagers et provisoires sur le fonds servant, et qui seraient de nature à n'apporter qu'un obstacle accidentel à l'exercice de la servitude (comp. Dunod, *des Prescript.*, part. III, chap VI, p. 288).

Mais s'il autorise, au contraire, l'établissement de travaux permanents et définitifs, dont l'existence entraîne l'anéantissement ou la restriction de la servitude, il est alors impossible de ne pas conclure qu'il a effectivement consenti à l'anéantir ou à la restreindre. Tel serait le cas où celui au profit duquel le fonds voisin serait grevé de la servitude *non ædificandi* ou *non altius tollendi*, autoriserait son voisin à construire; ou encore, si celui qui a

un droit de passage sur un terrain vague, consentait à ce qu'un bâtiment y fût élevé; car on ne devrait pas alors, à moins de circonstances particulières, supposer qu'il a entendu exercer désormais son droit de passage à travers le bâtiment du voisin (comp. L. 8, ff., *Quemadm. servit. amitt.*; Cœpolla, tract. I, cap. XXIV, n° 10; Pardessus, t. II, n° 313; Duranton, t. V, n°s 651, 652; Demante, t. II, n° 564; Marcadé, t. II, n° 677).

1042. — Lorsque ce consentement ou cette autorisation sont donnés par écrit, pas de difficulté.

Il en est de même si, à défaut d'acte écrit, il est d'ailleurs bien constant qu'un consentement exprès à l'établissement des ouvrages contraires à la servitude a été donné par le maître du fonds dominant; ou encore, si, en cas de contestation, la preuve en résulte de l'aveu ou de la délation du serment.

La preuve testimoniale toute seule, sans un commencement de preuve par écrit, n'en serait pas toutefois recevable (comp. art. 1341 et 1348).

1043. — Mais est-il même nécessaire que le maître du fonds dominant ait donné un consentement exprès, par écrit ou verbalement, à l'établissement des ouvrages par le maître du fonds servant?

Et ne suffirait-il pas que ces ouvrages eussent été faits ouvertement, à son vu et su, sans aucune réclamation de sa part?

Non, a-t-on répondu; et la preuve en résulte de l'article 707, qui déclare que les trente ans de non-usage, relativement aux servitudes continues, ne commencent à courir que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Donc, dit-on, il ne suffit pas que le maître du fonds dominant ait laissé établir un ouvrage contraire; et la servitude n'est éteinte qu'autant qu'il l'a laissé subsister, pendant trente ans, sans réclamation (comp. Cass., 20 mai 1832, Coche, Dev., 1832, I, 323; Rennes, 19 juin 1838; Bourges, 8 déc. 1841, *J. du P.*, t. II,

de 1842, p. 143, 144; Pardessus, t. II, n° 313; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 510, note *a*, et n° 674, note 5).

D'autres, au contraire, semblent enseigner que le seul fait que le propriétaire du fonds dominant n'a pas formé opposition aux travaux, emporte de sa part consentement à leur établissement, et par suite renonciation à son droit. C'était la maxime de d'Argentré : *ex scientia præsumitur consensus* (sur l'article 371 de l'anc. cout. de Bretagne); et on ajoute que cette maxime est tout à la fois juridique et équitable; car d'une part, la loi n'a soumis à aucune forme particulière la remise, c'est-à-dire la manifestation de volonté d'où elle résulte; et d'autre part, il est tout à fait contraire à l'équité et à la bonne foi, que celui qui a laissé construire des ouvrages, peut-être très-considérables et très-dispendieux, puisse ensuite se raviser et les faire détruire, au grand préjudice du voisin (comp. Pothier, *de la Société*, n° 238; Toullier, t. II, n° 674; Daviel, t. II, n° 694 *bis*).

Nous sommes, en ce qui nous concerne, fort touché de l'argument que la première opinion déduit de l'article 707; et nous croyons qu'en règle générale, cette opinion est la plus sûre, la plus conforme aux textes et aux principes; car, après tout, le maître du fonds servant doit s'imputer à lui-même de n'avoir pas demandé, avant de faire ses travaux, l'autorisation de celui à qui la servitude était due.

Telle serait, disons-nous, la règle.

Mais nous avons déjà dit ailleurs, en traitant une question toute semblable (*supra*, n° 48), que nous ne voudrions pas en étendre l'application jusqu'au cas où le propriétaire du fonds dominant n'aurait pas seulement vu et laissé faire, mais où il aurait positivement approuvé et autorisé les travaux, en les dirigean lui-même, par exemple; un tel fait établi *indépendamment de toute preuve testimoniale*, comme dit un arrêt de la

Cour de Caen (*infra*), devrait évidemment être considéré comme formant une preuve de remise (comp. 13 décembre 1850, Auvray, *Rec. de Caen*, t. XIV, p. 646).

1044. — Quant aux ouvrages contraires à l'exercice de la servitude, que le maître du fonds dominant établirait lui-même sur son propre fonds, il serait, en général, bien plus difficile d'en induire immédiatement une renonciation ou une remise de sa part, lors même que ces ouvrages seraient permanents; car ce propriétaire serait toujours libre, après tout, de les détruire et de les modifier, avant l'expiration de trente ans de non-usage; et nul ne peut affirmer que telle ne soit pas son intention. Il faudrait donc alors des circonstances particulières pour que la servitude s'éteignît autrement que par le non-usage pendant trente ans (comp. Duranton, t. V, n° 641; *voy.* toutefois Caen, 17 nov. 1853, Guibout, *Rec. de Caen*, t. XVIII, p. 123).

1045. — Le consentement donné par le propriétaire du fonds dominant à la vente du fonds servant ne suffirait pas, en général, pour faire présumer sa renonciation; et nous dirons ici ce que l'article 621 dit, en cas pareil, de l'usufruitier, qu'il continuerait de jouir de son droit, *s'il n'y a pas formellement renoncé.*

Ce n'est pas qu'il y ait ici non plus de formule sacramentelle; et si le maître du fonds dominant figurait, sans rien dire, au contrat dans lequel le fonds servant serait déclaré à l'acquéreur libre et franc de toutes servitudes, nous ne voulons pas prétendre qu'il pourrait toujours ensuite la réclamer encore, si d'ailleurs il n'alléguait ni violence, ni erreur, ni surprise. Ce sont là des questions de fait (*voy.* notre t. X, n° 730).

1046. — Les effets de la remise expresse ou tacite dépendent de la manière dont elle a été faite.

Lorsqu'il s'agit d'une remise expresse, il faut consulter l'acte par lequel elle a été consentie; et, en cas de remise tacite, ce sont les circonstances du fait qu'il faut

interroger, pour en mesurer, dans l'un et l'autre cas, l'étendue : soit quant aux personnes qui peuvent en profiter, soit quant à son influence sur la servitude elle-même.

A. Si le fonds servant appartient à plusieurs copropriétaires par indivis, la remise faite à titre gratuit, dans un testament, par exemple, à l'un des copropriétaires, ne profite point aux autres; tandis qu'il en serait autrement d'une renonciation à titre onéreux stipulée même seulement par l'un d'eux (arg. de l'art. 1121). C'est d'après les circonstances du fait, que l'on doit décider si la remise a été faite *in rem*, ou seulement *in personam* (comp. L. 27, § 10, ff., *De pactis*).

B. Pareillement, la remise, en ce qui concerne la servitude elle-même, peut être plus ou moins étendue; et elle peut en produire, soit l'extinction complète, soit seulement la restriction ou la modification. A cet égard, il importe de se rappeler que l'abandon d'un droit ne se présume pas et ne doit pas, en conséquence, être étendu au delà de l'intention de celui qui l'a fait. C'est ainsi que celui qui, ayant droit à deux servitudes sur le fonds de son voisin, ferait la remise de l'une d'elles, conserverait certainement l'autre, à laquelle il n'aurait pas renoncé; et cette solution devrait être maintenue, dans le cas même où il existerait une certaine relation et une sorte de dépendance entre l'une et l'autre servitude; comme si, par exemple, ayant, sur votre fonds, le double droit, *utramque servitutem*, de vous empêcher de bâtir et d'y verser les égouts de mon toit, je vous faisais remise de la servitude *non ædificandi;* je n'en garderais pas moins ma servitude d'égout, *stillicidii;* et par conséquent votre bâtiment ne pourrait pas être élevé de manière à en rendre l'exercice impossible (comp. L. 21, ff., *de Servit. præd. urban.;* Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. XII, sect. IV, art. 8).

Il en est de même, lorsqu'une seule servitude est due

à celui qui a consenti la remise. Cette remise, bien entendu, n'en produirait pas l'extinction, si elle n'avait pour but, au contraire, que la restriction ou la modification du droit; comme si, ayant un droit de passage, j'avais consenti seulement à ce que le chemin fût rétréci; ou si, pouvant vous empêcher absolument de bâtir, je vous avais autorisé à bâtir seulement jusqu'à une certaine hauteur (comp. Metz, 6 juin 1866, Oulif, Dev. 1867, I, 147; Pardessus, t. II, n° 313; Duranton, t. V, n° 652).

1047. — Remarquons enfin que la remise de la servitude ne saurait nuire aux droits des créanciers auxquels le fonds dominant aurait été hypothéqué, soit avant, soit même seulement depuis l'établissement de cette servitude (art. 2114, 2133, 2166; ajout. art. 662; et notre tome X, n° 735; *voy.* aussi *supra*, n°s 747 et suiv.).

Nous reviendrons, du reste, sur ce sujet spécial, dans le titre *des Priviléges et Hypothèques*.

§ V.

De l'extinction des servitudes par la résolution du droit du concédant ou même du concessionnaire.

SOMMAIRE.

1048. — Exposition.
1049. — Dans quels cas le droit du constituant sera-t-il résolu, révoqué, annulé ou rescindé? Et dans quels cas les effets de cette résolution ou révocation, etc., seraient-ils opposables aux tiers? — Observation générale.
1050. — La maxime : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, opère d'une manière plus énergique, en ce qui concerne la constitution des servitudes qu'en ce qui concerne l'aliénation de la propriété elle-même.
1051. — La servitude doit-elle également cesser dans le cas où elle a été acquise par un propriétaire, dont le droit commutable ou rescindable vient à être résolu ou rescindé?
1052. — Du cas où la servitude a été acquise, non pas en vertu d'un titre, mais en vertu de la possession exercée par un propriétaire commutable, dont le droit est ensuite résolu.

1048. — On ne peut transmettre à autrui plus de

droit qu'on n'en a soi-même ; nous trouvons, au titre *des Priviléges et Hypothèques*, dans l'article 2125, une importante application de ce principe en ces termes :

« Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu « par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou « sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypo- « thèque soumise aux mêmes conditions ou à la même « rescision. » (Ajout. art. 2182.)

On aurait pu écrire une disposition semblable dans notre titre ; quoique nous ne l'y trouvions pas, il est évident que cette maxime s'applique aux servitudes tout aussi bien qu'aux hypothèques.

1049. — Dans quels cas y aura-t-il extinction, résolution, rescision ou annulation du droit de celui qui a consenti la servitude? Et surtout, quand est-ce que les effets de la résolution, de la rescision, etc., de son propre droit, seront opposables aux tiers?

Nous n'avons pas à nous expliquer ici sur cette thèse, qui n'a rien de spécial à la matière des servitudes, et qui est gouvernée par les principes généraux du droit.

Bornons-nous à rappeler seulement qu'il est nécessaire que la résolution ou la rescision du droit du constituant, procède, comme disaient nos anciens, *ex causa primæva et antiqua :*

Primæva, c'est-à-dire d'une cause inhérente à son propre droit, et contemporaine de son établissement, de telle sorte que la résolution s'opère *ut ex tunc*, et non pas *ut ex nunc ;*

Necessaria, c'est-à-dire forcée, de telle sorte qu'il ne dépende pas de la volonté de celui qui a concédé des droits à des tiers, de les anéantir ensuite par son propre fait (comp. L. 11, § 1, *Quemadm. servit. amitt.;* Pothier, *Intr. au tit.* XIIe *de la cout. d'Orléans*, n° 15 ; art. 952, 954, 963, 1183, 1673, etc.; *voy.* aussi *supra*, n°s 759, 760).

1050. — Il est toutefois une remarque qu'il con-

vient de faire ici, parce qu'elle est particulière à notre sujet.

C'est que la maxime *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, opère d'une façon plus absolue et plus énergique, en ce qui concerne la constitution des servitudes qu'en ce qui concerne l'aliénation de la propriété elle-même, et qu'il y a des cas où l'aliénation de la pleine propriété serait maintenue, malgré la résolution du droit de l'aliénateur, tandis que la constitution d'une servitude serait, au contraire, anéantie; c'est ainsi que le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, quand l'héritier donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession (art. 859); tandis que, malgré les servitudes dont l'héritier donataire aurait grevé l'immeuble, le rapport se fait en nature; et l'immeuble se réunit à la masse de la succession, *franc et quitte de toutes charges créées par le donataire* (art. 865). Il est d'ailleurs facile d'apercevoir le motif de cette différence, et pourquoi le législateur a voulu se montrer plus favorable aux mutations de propriété et à la solidité des acquisitions, qu'à l'établissement et au maintien des servitudes (*voy.* aussi notre tome X, n° 737).

1051. — Faut-il décider que la servitude doit également cesser dans le cas où elle a été acquise par un propriétaire, dont le droit commutable ou rescindable vient à être résolu ou rescindé?

L'affirmative est enseignée, en thèse générale, par Duranton, qui pense que, à l'égard du propriétaire qui rentre dans son fonds, par l'effet de cette résolution, la stipulation faite par celui dont le droit est résolu, ou la libéralité faite à son profit, est toujours *res inter alios acta* (t. V, n°s 554 et 579).

Nous avons dit déjà (*supra*, n° 759) que cette thèse est, à notre avis, beaucoup trop absolue :

Les jurisconsultes romains ne l'avaient pas admise (comp. L. 11, § 1, ff., *Quemadm. servit. amitt.*); et on

peut voir que Pothier enseignait aussi que « la servitude ne s'éteint pas par l'extinction du droit du propriétaire de l'héritage dominant, qui l'a acquise pour cet héritage; car, disait-il, il en a pu faire la condition meilleure. » (*Introd. au titre* XIII *de la cout. d'Orléans,* n° 13.)

Du moins, faut-il, suivant nous, distinguer :

Si la servitude a été acquise par le propriétaire actuel, pour le fonds lui-même, sans limitation ni restriction, *in rem*, comme diraient les Romains, elle est effectivement acquise au fonds; et malgré la résolution ou la rescision du droit de celui qui l'a acquise, le propriétaire qui prend sa place par l'effet de cette résolution, a le droit de la réclamer, en se soumettant, bien entendu, à remplir les conditions sous lesquelles elle a été établie.

Si, au contraire, la servitude n'avait été établie que dans l'intérêt du propriétaire lui-même, dont le droit était temporaire, commutable ou rescindable, et pour ne durer qu'autant que durerait son propre droit, elle devrait être résolue ou plutôt prendre fin avec la propriété de celui qui l'avait ainsi stipulée; mais ce serait là, suivant nous, surtout dans les stipulations à titre onéreux, une exception; car il est de la nature des servitudes d'être perpétuelles; et les parties sont toujours censées les établir, en effet, *in perpetuum* (comp. Toullier, t. II, n° 681; Pardessus, t. II, n° 318; Marcadé, t. II, n° 698 *bis;* Demante, t. II, n°s 541 *bis,* V, et 560 *bis*).

1052. — Il est bien entendu que tout ce qui précède est inapplicable à l'hypothèse de l'établissement de la servitude par la prescription. La résolution du droit soit du propriétaire du fonds dominant, soit du propriétaire du fonds servant, serait alors sans influence sur le sort de la servitude, qui aurait été établie non par un titre, mais par l'effet d'une possession, qui est toujours réputée avoir été exercée au nom du propriétaire (*supra*, n° 995).

C'est là un des cas dans lesquels on pourrait appliquer la maxime : *Melius est non habere titulum quam habere*

vitiosum; car si j'avais exercé, pendant trente ans, une servitude continue et apparente sur un fonds qui appartenait à un propriétaire commutable ou résoluble, je n'en conserverais pas moins, après la résolution de son droit, ma servitude acquise par la prescription; tandis que si ce propriétaire me l'avait concédée par un titre, mon droit serait résolu comme le sien, à quelque époque que ce fût, et lors même que j'aurais possédé, pendant trente ans, la servitude; car je ne la possédais qu'en vertu d'un titre commutable et résoluble, qui infectait ma possession du même vice.

Aussi, nous serait-il impossible d'admettre la doctrine de Duranton, qui enseigne que la servitude concédée à quelqu'un, dont le droit sur le fonds vient à se résoudre *avant qu'elle soit acquise au fonds par l'usage*, doit cesser avec le droit de celui à qui elle a été concédée (t. V, n°s 554 et 679).

En supposant, ce que nous ne croyons pas d'ailleurs (*supra*, n° 1051), que la résolution du droit du concessionnaire entraîne l'extinction de la servitude, il ne nous paraît pas possible de dire que cette extinction n'aura pas lieu, si la résolution ne s'opère *qu'après que la servitude aura été acquise par la prescription;* car, d'une part, la prescription alors ne pourrait pas courir contre le maître du fonds servant, qui, ayant concédé cette servitude par un titre résoluble, ne pouvait pas s'opposer à ce que l'exercice en eût lieu conformément à ce titre; et d'autre part, la possession de celui qui avait acquis la servitude en vertu de ce titre résoluble, étant elle-même conforme à son titre, ne pouvait pas engendrer, par la prescription, une servitude perpétuelle. Il ne s'agissait pas là, en un mot, d'une servitude à acquérir par la prescription; la servitude était tout acquise! mais elle était affectée d'une condition résolutoire, dont la possession même trentenaire n'a pas pu la purger, puisque cette possession n'était elle-même que l'exécution du titre.

C'est par les mêmes motifs que la résolution du droit de celui qui aurait constitué la servitude par un titre, l'éteindrait, lors même que cette résolution ne s'accomplirait qu'après plus de trente ans d'exercice de la servitude, en vertu de ce titre.

§ VI.

De l'extinction de la servitude par l'expiration du terme ou par l'événement de la condition, sous lesquels elle avait été établie.

SOMMAIRE.

1053. — La servitude s'éteint par l'expiration du terme ou par l'accomplissement de la condition, sous lesquels elle avait été établie. C'est dans le titre constitutif qu'il faut alors chercher les effets particuliers de ce mode d'extinction.

1054. — La servitude qui n'aurait été établie que pour durer pendant la vie du propriétaire actuel de l'héritage dominant, s'éteindrait par sa mort.

1055. — La servitude s'éteindrait aussi par le rachat, qui en serait fait par le propriétaire du fonds servant, si elle avait été déclarée rachetable. — Quel est le caractère et quels sont les effets de cette faculté de rachat?

1053. — Les servitudes ont, en général, une durée perpétuelle, comme les héritages, auxquels elles sont attachées activement ou passivement (*supra*, n° 1).

Ce principe était observé, chez les Romains, si sévèrement, que l'on n'admettait pas qu'une servitude pût être établie *neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem.* Tel était du moins le droit civil, *ipso quidem jure;* mais le Préteur faisait respecter la volonté des parties, au moyen de l'exception de pacte ou de dol (L. 4, princ., ff., *de Servit.*).

Il n'est pas douteux, dans notre droit, que les servitudes peuvent être constituées pour un certain temps ou sous une condition quelconque; et si le Code ne s'en est point expliqué formellement dans notre titre, ainsi qu'il l'a fait dans le titre *de l'Usufruit* (art. 580 et 617), c'est qu'il aura probablement considéré que cette proposition,

si conforme à la raison et à l'équité, dérivait suffisamment des principes généraux, et du droit qui appartient aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés, *telles servitudes que bon leur semble*, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public (art. 686; ajout. art. 628, 1134).

Et alors, bien entendu, c'est-à-dire quand la servitude a été constituée pour un temps ou sous une condition, elle s'éteint par l'expiration du terme ou par l'événement de la condition.

C'est dans le titre constitutif qu'il faut, en cas pareil, chercher quels doivent être les effets de cette extinction et les droits ou obligations qui en résultent de l'un ou l'autre côté. Il se peut que l'échéance du terme ou l'événement de la condition éteigne la servitude, sans que le maître du fonds assujetti ait rien à restituer du prix qu'il aurait reçu pour son établissement; de même qu'il aurait pu être soumis à la restitution de tout ou partie de ce prix; ce n'est là qu'une question de fait et d'interprétation (comp. Duranton, t. V, n°s 680, 681; Pardessus t. II, n° 319; Demante, t. II, n° 559).

1054. — C'est par suite du même principe que nous avons vu aussi (*supra*, n°s 689, 698) qu'une servitude pourrait être établie pour ne durer que pendant la vie du propriétaire actuel de l'héritage dominant; il n'y aurait là, en effet, qu'un terme indéterminé; et le droit ainsi établi constituerait une sorte d'usage irrégulier, qui n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux principes essentiels de notre sujet.

1055. — Rien ne nous paraît non plus faire obstacle à ce que la servitude soit déclarée rachetable, de manière que le propriétaire du fonds servant puisse obtenir son affranchissement, en remplissant les conditions déterminées par le titre pour l'exercice de ce rachat.

Et comme ce serait là une clause inhérente à la servitude elle-même, il nous paraît certain que le rachat pour-

rait être exercé par tout propriétaire du fonds servant contre tout propriétaire du fonds dominant, lors même qu'il ne serait qu'un successeur à titre singulier, malgré le silence de son contrat ou même l'existence de toute clause contraire (arg. de l'article 1664).

Pardessus professe également cette doctrine; mais le savant auteur ajoute que :

« Ce rachat n'étant qu'un retour à la liberté naturelle des héritages, l'exercice n'en serait point limité au temps fixé par les articles 1660 et 1661 du Code, et que celui qui n'en aurait pas usé pendant trente ans, n'en conserverait pas moins le droit de racheter la servitude quand bon lui semblerait. » (T. II, n° 319.)

Nous croyons tout à fait aussi que la faculté de racheter une servitude pourrait être stipulée pour un terme excédant cinq années; car les articles 1660 et 1661 ne s'occupent que de la vente de la propriété elle-même; ce texte limitatif n'est donc pas ici applicable; ajoutons que les motifs de cette limitation manquent également; car si l'incertitude dans les droits de propriété est contraire à l'intérêt général, et si le législateur à dû y mettre un terme, la libération des fonds est au contraire très-favorable et très-favorisée.

Mais la seconde proposition de Pardessus est-elle aussi exacte, et faut-il aller jusqu'à dire, avec lui, que la faculté du rachat serait, dans ce cas, imprescriptible?

Nous ne saurions l'admettre.

Aux termes de l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans; ce texte est absolu; il comprend *toutes les actions;* et nous ne voyons pas de motif suffisant pour en excepter l'action dont il s'agit.

Dira-t-on que celui au profit duquel la servitude a été établie sous cette réserve, n'a pu avoir qu'une possession affectée également de la réserve qui était insérée dans son titre, et par conséquent une possession inefficace pour la

prescription? Nous répondrons que celui à qui la servitude a été concédée par un titre, n'a besoin d'invoquer ni possession, ni prescription ; la servitude lui était tout acquise, sous la condition résolutoire seulement que la faculté de rachat serait exercée dans le délai légal.

Et ce ne serait pas avec plus de fondement, suivant nous, que l'on objecterait qu'il s'agit ici d'une simple faculté; car ce n'est pas là du tout un de ces actes de *pure* faculté, c'est-à-dire une de ces facultés purement légales ou naturelles, dont l'article 2232 déclare qu'ils ne peuvent fonder ni possession, ni prescription ; il s'agit d'une faculté conventionnelle, ou, en d'autres termes, d'un véritable droit, qui ne peut s'exercer qu'au moyen *d'une action* contre un tiers, et qui est dès lors soumis, comme *toutes les actions,* à la règle de l'article 2262. Voilà pourquoi l'ancienne coutume de Bretagne portait, dans son article 287, que « les conditions et grâces de réméré accordées par ces mots toutes fois et quantes que le vendeur ou autre voudra, se prescrivent par trente ans à compter du jour de l'octroi d'icelles. » C'est ainsi que par arrêt du 26 janv. 1725, il a été jugé autrefois que la faculté de résiliation d'un contrat, quoiqu'elle eût été stipulée *perpétuelle,* était prescrite après trente ans (comp. Dunod, *des Prescript.*, p. 91 ; Duranton, t. XVI, n° 394; Troplong, *de la Prescript.*, t. I, n°s 123 et suiv.).

§ VI.

De l'extinction de la servitude par l'expropriation forcée, pour cause d'utilité publique, de l'héritage servant ou de l'héritage dominant.

SOMMAIRE.

1056. — De l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique du fonds dominant. Art. 21 et suivants de la loi du 3 mai 1841.
1057. — Du rachat forcé de la servitude de pacage entre particuliers d'après la loi du 6 octobre 1791.

1056. — Lorsque l'un des deux héritages, le domi-

nant ou le servant, est mis hors du commerce, par l'effet de l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, il est clair que la servitude doit s'éteindre (comp. art. 538, 637; et *supra*, n°s 697, 698).

La loi du 3 mai 1841 détermine les conditions et les formalités à remplir, en cette circonstance, dans l'intérêt du maître du fonds dominant.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 21 de cette dans la huitaine qui suit la notification prescrite par l'a ticle 15, le propriétaire est tenu d'appeler et de faire connaître à l'administration.... ceux qui peuvent réclamer des servitudes résultant des titres mêmes du propriétaire, ou d'autres actes, dans lesquels il serait intervenu; sinon, il restera seul chargé envers eux des indemnités que ces derniers pourront réclamer (ajout. art. 22 et suiv.; Caen, 2e ch., 6 févr. 1839, Gosselin; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 90).

Il faut toutefois remarquer que, lors même que le propriétaire du fonds servant a cédé sa propriété à l'amiable, les formalités de l'expropriation pour cause d'utilité publique n'en doivent pas moins être remplies à l'égard du propriétaire du fonds dominant, qui n'a pas lui-même consenti un arrangement amiable (comp. arrêt du conseil d'État du 19 janvier 1860, Nouvellet, D., 1851, III, 7; ajout. arrêt du conseil d'État du 18 août 1849, Mouth, D., 1850, III, 5).

1057. — Nous pouvons rappeler également ici que pour favoriser les progrès de l'agriculture, la loi du 6 o tobre 1791 a autorisé le rachat forcé de la servitude de pacage conventionnel entre particuliers, sur toute espèce de fonds, même dans les bois (comp. l'article 8 du titre I de la section IV; les articles 64 et suiv., 112 et suiv. du Cod. forest.; Toullier, t. II, n°s 677, 678; Pardessus, t. II, n° 320; *voy.* aussi *supra*, n° 292).

§ VIII.

Existe-t-il encore d'autres modes d'extinction des servitudes, que ceux qui viennent d'être énumérés?

SOMMAIRE.

1058. — Dans les différents modes d'extinction des servitudes qui viennent d'être exposés, on retrouve, à peu près, la même nomenclature que celle des modes d'extinction de l'usufruit énuméré dans l'article 617.
1059. — Faut-il transporter aussi, dans notre sujet, le mode d'extinction que l'article 618 applique au droit d'usufruit?

1058. — Nous venons d'exposer successivement les différents modes d'extinction des servitudes; et, en se reportant à l'article 617, qui énumère les manières dont l'usufruit s'éteint, on pourra y retrouver, à peu près, la même nomenclature, sauf les différences qui résultent de la différente nature de ces deux sortes de droits.

1059. — Faut-il transporter aussi, dans notre sujet, le mode d'extinction que l'article 618 applique au droit d'usufruit, et décider que la servitude peut également cesser par l'abus qu'en ferait le propriétaire du fonds dominant au préjudice du fonds servant?

Tel paraît être le sentiment de Pardessus, qui enseigne que « l'extinction des servitudes pourrait avoir lieu par l'autorité des tribunaux, si, pour punir celui qui aurait abusé de son droit, ils l'en privaient par forme de dommages-intérêts. » (T. II, n° 320; comp. aussi Zachariæ, Massé et Vergé, t. II, p. 212.)

Mais cette doctrine ne nous paraît pas devoir être admise.

D'une part, aucun texte semblable à l'article 618 n'existe dans le titre *des Servitudes;* et ce premier motif suffirait pour qu'il ne fût pas permis d'y appliquer, par voie d'analogie, une déchéance aussi rigoureuse.

D'autre part, la servitude, à la différence de l'usufruit, est perpétuelle; et l'analogie entre les deux cas manque-

rait entièrement, d'autant plus qu'on ne voit pas de quelle manière on pourrait appliquer aux servitudes les tempéraments et les adoucissements que l'article 618 lui-même autorise les juges à employer, lorsqu'ils prononcent contre un usufruitier la déchéance de son droit.

Nous avons constaté d'ailleurs que cette déchéance, qui n'a été introduite dans l'article 618 que par une interprétation inexacte des lois romaines, était d'une rigueur excessive (*voy.* notre tome X, n° 716); c'est bien assez qu'on l'ait prononcée en matière d'usufruit; du moins ne faut-il pas l'aggraver encore, en l'étendant, par une interprétation arbitraire, à la matière des servitudes. C'est donc au moyen d'une condamnation à des dommages-intérêts, d'après le droit commun, que le maître du fonds servant pourrait obtenir, contre le maître du fonds dominant, la réparation du dommage qui lui aurait été causé; il appartiendrait certainement aussi aux magistrats d'ordonner, sur sa demande, l'emploi des mesures nécessaires, suivant les circonstances, pour que l'exercice de la servitude ne lui soit plus, à l'avenir, injustement dommageable. Mais l'extinction de la servitude, à titre de peine, comme on dit, c'est-à-dire l'expropriation du droit qui appartient au maître du fonds dominant, nous ne croyons pas que les tribunaux aient le pouvoir de la prononcer (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 576).

FIN DU DOUZIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU DOUZIÈME VOLUME.

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

CHAPITRE II.

SECTION III.

Des vues sur la propriété du voisin. — Sommaire.....Page 1

SECTION IV.

De l'égout des toits. — Sommaire..... 69

SECTION V.

Du droit de passage. — Exposition. — Division. — Sommaire... 8

N° 1.

Par qui et dans quels cas le passage pour cause d'enclave peut-il être réclamé? — Sommaire..... 82

N° 2.

Sur lequel des fonds circonvoisins et sur quel endroit du fonds assujetti le passage doit-il être accordé? — Sommaire..... 95

N° 3.

Sous quelle condition le droit de passage est-il accordé? — Sommaire..... 107

N° 4.

Quels sont les effets du droit de passage pour cause d'enclave? — Sommaire.....Page. 118

SECTION VI.

Existe-t-il encore d'autres servitudes d'utilité privée, en dehors des articles compris dans les cinq sections qui précèdent? — Sommaire..... 129

CHAPITRE III.

Des servitudes établies par le fait de l'homme. — Exposition. — Division. — Sommaire..... 160

SECTION I.

Quels sont les caractères des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies par le fait de l'homme? — Division..... 163

N° 1.

Des caractères essentiels et généraux des servitudes. — Sommaire..... 163

N° 2.

Des caractères particuliers et accidentels des servitudes. — Sommaire..... 202

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes. — Exposition. — Sommaire..... 219

§ I.

De l'établissement des servitudes par titre. — Division..... 221

N° 1.

Quelles doivent être les conditions intrinsèques et extrinsèques du titre constitutif de la servitude? — Sommaire.... 221

N° 2.

Par qui la servitude peut-elle être imposée? — Sommaire... 226

N° 3.

Par qui la servitude peut-elle être acquise? — Sommaire... 243

§ II.

De l'établissement des servitudes par la prescription. — Sommaire..... .....Page. 247

§ III.

De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille. — Sommaire. 300

SECTION III.

Comment s'exercent les servitudes. — Division..... 335

N° 1.

Quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds dominant. — Sommaire..... 336

N° 2.

Quels sont les droits et les obligations du propriétaire du fonds servant. — Sommaire..... 375

N° 3.

Application des principes généraux sur l'exercice des servitudes à quelques-unes des servitudes les plus usuelles et les plus importantes. — Sommaire..... 409

N° 4.

Des actions auxquelles les servitudes peuvent donner lieu. — Sommaire..... 432

SECTION IV.

Comment les servitudes s'éteignent. — Exposition. — Division. — Sommaire..... 459

§ I.

Du changement de l'état des lieux qui ne permet plus d'user de la servitude. — Sommaire..... 460

§ II.

De la confusion. — Sommaire..... 488

§ III.

Du non-usage. — Exposition. — Division. — Sommaire..... 496

N° 1.

De l'extinction des servitudes par le non-usage. — Division. — Sommaire.....Page 498

A.

Dans quels cas y a-t-il lieu à l'extinction des servitudes par le non-usage? — Sommaire..... 498

B.

Quelle est la durée de cette prescription ? et quel en est le point de départ? — Sommaire..... 514

N° 2.

De la prescription du mode de la servitude par le non-usage. — Sommaire..... 539

§ IV.

De la renonciation, ou de la remise de la servitude par le propriétaire du fonds dominant au propriétaire du fonds servant. — Sommaire..... 562

§ V.

De la résolution du droit de celui qui a concédé la servitude, ou même de celui auquel la servitude a été accordée. — Sommaire..... 571

§ VI.

De l'expiration du terme ou de l'événement de la condition sous lesquels la servitude avait été établie. — Sommaire..... 576

§ VII.

De l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, du fonds dominant ou du fonds servant. — Sommaire..... 579

§ VIII.

Existe-t-il encore d'autres modes d'extinction des servitudes que ceux qui viennent d'être énumérés? — Sommaire..... 581

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XII, art. 675-710.)

LIVRE DEUXIÈME

Des Biens et des différentes modifications de la Propriété.

TITRE QUATRIÈME.

Des Servitudes ou Services fonciers.

Art du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
675.	7-8.	530-531.
676.	4-6. 8-18.	527-529, 532-543.
677.	8-18.	532-543.
678.	19-68.	544-583.
679.	19-68.	544-583.
680.	19-68.	544-583.
681.	69-80.	584-597.
682.	80-94, 118-128.	598-615 *bis*, 636-645.
683.	95-106.	615-625 *bis*.
684.	95-106.	615-625 *bis*.
685.	109-117.	626-635 *ter*.
686.	161-19 .	664-703.
687.	203-205.	704-705.
688.	205-213.	706-712.
689.	313-219.	713-723.
690.	220-236, 243-276.	724-751, 758-784 *bis*.
691.	277-300.	785-803.
692.	302-315.	804-815.
693.	302-315.	804-815.
694.	315-	816-827.
695.	236-243.	752-757 *bis*.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
696.	338-340, 343-360, 372-375, 410-459.	830-832, 837-854 *bis*, 866-870, 912-960.
697.	340-342.	833-835.
698.	342, 343, 377-381.	836, 871-879.
699.	381-388.	880-886.
700.	360-372, 404-409.	855-865, 907-911.
701.	350, 351, 389-404.	845, 887-906.
702.	351-360.	846-855.
703.	461-488.	962-980.
704.	461-488.	962-980.
705.	488-496.	981-987.
706.	496-539.	988-1019.
707.	496-539.	988-1019.
708.	274-276, 540-562.	783-784 *bis*, 1020-1035.
709.	255-257.	775-775 *bis*.
710.	255-257.	775-775 *bis*.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

TABLE

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS LES TOMES XI ET XII.

(LIVRE DEUXIÈME DU CODE NAPOLÉON).

OBSERVATION. — Les chiffres romains indiquent le volume et les chiffres arabes la page.

A

ABANDON. *Mitoyenneté, Fossé, Haie, Servitudes.*

ABREUVAGE. En quoi consiste cette servitude, II, 428. Il faut que les animaux soient attachés au fonds, II, 428, 429. Étendue de cette servitude, II, 429.

ABUS DE JOUISSANCE. Est-il un mode d'extinction des servitudes, II, 581, 582.

ACQUISITION DE SERVITUDES. Voy. *Destination du père de famille, Titre, Prescription, Servitudes légales.*

ACTES RECOGNITIFS. Voy. *Titre récognitif.*

ACTION *damni infecti.* Existe-t-elle encore sous le Code Napoléon et à quelles conditions, II, 157-160. Voy. *Établissements industriels.*

ACTIONS PÉTITOIRES. Les servitudes peuvent être l'objet de pareilles actions, II, 452. Au pétitoire, quel est l'effet du jugement rendu au possessoire en faveur du propriétaire du fonds dominant. Le dispense-t-il de la preuve de son droit, II, 452-457. Par qui ces actions peuvent-elles être intentées, II. 457, 458. Quel serait l'effet d'un jugement rendu contre l'un des copropriétaires à l'égard de ses communistes, II. 458, 459.

ACTIONS POSSESSOIRES. Des actions possessoires en matière de servitudes, II, 434. A quelles conditions sont-elles recevables, II, 434, 435. Du cas où elles s'appliquent à une servitude continue et apparente, II, 435, 436. Sont-elles recevables en matière de servitudes discontinues ou non apparentes, II, 436, 437. *Quid,* si la servitude discontinue s'exerce en vertu d'un titre, II, 437-440. A quelles conditions l'action possessoire est-elle alors recevable, II, 440. *Quid,* si le titre constitutif de la servitude discontinue est attaqué, II, 441, 442. L'action possessoire est-elle recevable même pour les servitudes négatives non apparentes, II, 444, 445. *Quid,* si le titre émanait *a non domino,* II, 445-447. Ces actions sont-elles admissibles en matière de servitudes naturelles et légales, II, 448-451. L'action possessoire ne peut-elle pas être également exercée par le propriétaire du fonds servant, II, 451, 452. Quel est l'effet d'un jugement rendu possessoire, II, 452-457. *Quid,* si ce jugement a été rendu seulement au profit ou contre l'un des propriétaires, II, 458, 459. Par qui ces actions peuvent-elles être intentées, II, 457, 458.

ALLÉE. Voy. *Indivision.*

APPARENCE. Voy. *Servitudes apparentes.*

APPUI. Voy. *Mur, Mitoyenneté, Irrigation.*

AQUEDUC. Ce que c'est que le droit d'*aqueduc* ou la servitude de *conduite d'eau,* II, 411, 412.

ARBRES. A qui appartiennent les arbres plantés dans une allée mitoyenne, I, 528. Du droit qu'a chaque propriétaire d'en demander l'abatage, I, 528. Ce droit est-il prescriptible, I, 529. Y aurait-il contre son exercice une fin de non-recevoir résultant de ce que les deux fonds, d'abord réunis dans une même main, auraient été ensuite séparés par suite d'une aliénation ou d'un partage, I, 529, 530. De quelle

manière doit se faire entre les deux voisins le partage, soit de l'émondage, soit des fruits, soit même du tronc et des branches des arbres abattus, I, 530, 531.
A quelle distance peut-on planter des arbres, I, 534. Dans quels lieux cette distance doit-elle être observée, I, 534, 535. *Quid*, si les plantations avaient lieu dans un endroit enclos de murs, I, 535-537. Y a-t-il une distance à observer pour la plantation des forêts, I, 537. Y a-t-il lieu de distinguer pour les arbres épars, I, 537, 538. L'art. 671 est-il applicable entre deux bois, I, 538. *Quid*, des arbres qui croissent spontanément sans avoir été plantés, I, 538. Quelle est la distance à observer, I, 538, 539. Suivant quelles règles doit-elle être calculée, I, 539. *Quid*, si un ancien règlement exigeait une distance moindre que celle fixée par le Code, I, 539-541. *Quid*, si, dans une contrée, il n'existait aucun règlement assujettissant à une distance, I, 541, 542. Dans le silence des règlements, quelle est la distance fixée par le Code, I, 541, 542. Comment et à partir de quel point doit se calculer la distance, I, 542, 543. Quelle est la juridiction compétente pour connaître des contestations relatives à la distance prescrite, I, 543. Quelle est la sanction de cette obligation, I, 543. Le droit de faire abattre les arbres existerait-il, si les arbres étaient plantés depuis plus de trente ans, I, 543-545. A quelles conditions la prescription peut-elle avoir lieu, I, 545. Le propriétaire qui a acquis par prescription le droit de conserver des arbres à une distance moindre que la distance légale, peut-il, en cas de destruction ou de perte de ces arbres, les remplacer par d'autres arbres, I, 545-551. Du cas où le droit d'avoir des arbres à une distance moins grande que celle requise par la loi, résulte d'un titre ou de la destination du père de famille, I, 551-553. Voy. *Avenues, Branches d'arbres, Racines.*
ARROSAGE. Voy. *Canal, Irrigation, Avenues, Branches, Racines.*
AUTORITÉ ADMINISTRATIVE. Du droit de surveillance qui lui appartient sur les cours d'eau, I, 228-230. Des autorisations qui doivent lui être demandées par les riverains des cours d'eau non navigables, I, 204-208. Voy. *Eaux, Eaux vives, Eaux courantes, Irrigation.*
AUTORITÉ JUDICIAIRE. Du pouvoir qui lui appartient relativement aux cours d'eau, I, 225, 226. Dans quels cas les tribunaux peuvent-ils statuer sur les affaires relatives aux cours d'eau, I, 226, 227. Suivant quelles règles doivent-ils juger, I, 227. Du cas où il existe des règlements particuliers entre les riverains, I, 228. Des règlements locaux, I, 228, 229. Y a-t-il lieu de distinguer les règlements d'avec les simples autorisations, I, 229, 230. Des usages non écrits, I, 230, 231. Lorsqu'il n'existe aucun règlement, quelle est la mission des magistrats et quelles règles doivent-ils suivre, I, 231-233. Quels sont les effets des décisions rendues par les magistrats dans ces sortes d'affaires, 233.
ATRE. Ce que doit faire celui qui veut en construire un près d'un mur, I, 568, 572, 573. Voy. *Murs mitoyens.*
AVENUES. Voy. *Arbres, Branches d'arbres.*

B

BALCON. Voy. *Mitoyenneté, Murs, Vue.*
BESTIAUX. Voy. *Abreuvage, Pacage.*
BIEF DE MOULIN. Voy. *Canal, Irrigation, Moulin.*
BORNAGE. Quel est l'objet de l'action en bornage, I, 271. Nature de cette action, I, 272-276. Pourrait-on y renoncer, I, 272. En quel sens l'obligation de bornage constitue-t-elle une servitude foncière, I, 272, 273. Quel est le juge compétent pour en connaître, I, 273-276. Du cas où la compétence du juge de paix cesse, I, 276. En quel sens peut-on dire que la propriété ou les titres servant à l'établir, sont contestés, I, 278-281. Ce qui distingue l'action en bornage de l'action en déplacement de bornes, I, 277. De l'action en délimitation ou en règlement de limites, I, 277, 278. Le juge de paix est-il incompétent, lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la ligne divisoire de leurs héritages, I, 281, 282. Appartient-il au juge de paix de décider jusqu'à quel point la contestation élevée sur la propriété est fondée, I, 282, 283.
Par qui l'action en bornage peut-elle être intentée, I, 284. *Quid*, de l'usufruitier, I, 284, 285. De l'usager, I, 285. De l'antichrésiste, I, 285. Du fermier, I, 285. Du possesseur d'un héritage, I, 285, 286. Le tuteur, le mari, l'envoyé en possession provisoire ont-ils qualité pour intenter seuls une pareille action,

I, 286, 287. *Quid*, du mineur émancipé ou de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, I, 287.
Pour quelles propriétés l'obligation du bornage existe-t-elle, I, 288, 289. *Quid*, pour les propriétés urbaines closes, I, 289. Les propriétés doivent être contiguës, I, 289, 290. Les arrière-voisins peuvent-ils être appelés à l'opération, I, 290, 291. A quel moment et par qui, I, 291, 292. L'action en bornage est-elle recevable, lorsque l'un des propriétaires a établi, pour sa limite, une haie vive ou sèche, des épines de fer, des arbres, et surtout un mur, I, 292, 293.
En quoi consiste l'opération du bornage, I, 294. *Quid*, s'il y a entente entre les propriétaires, I, 294. *Quid*, s'ils sont incapables, I, 286, 287. Quels sont les éléments et les formes de l'opération du bornage, I, 294-296. Peut-on invoquer des titres qui n'émanent pas d'un auteur commun, I, 296, 297. Ne peut-il pas en résulter des diminutions ou des augmentations de terrain, I, 297, 298. La ligne divisoire peut-elle être modifiée, I, 298. Le consentement des propriétaires est-il alors nécessaire, I, 299. Le consentement peut-il être donné par le mari ou par le tuteur seuls, I, 299, 300. Le bornage ainsi fait sera-t-il déclaratif ou attributif à l'égard des tiers, I, 300. Comment les bornes doivent-elles être plantées, I, 300. Aux frais de qui le bornage doit-il être fait, I, 301, 302.
Quels sont les effets du bornage, I, 302, 303. *Quid*, en ce qui concerne la restitution des fruits, I, 303. Le bornage, une fois fait, constitue-t-il un titre commun et réciproque, I, 303. Le titre qui résulte du bornage, est-il définitif et irrévocable, I, 303, 304. Après un premier bornage, à quelle époque peut-on renouveler la demande d'un bornage nouveau, I, 304, 305.
Branches d'arbres. Peut-on laisser les branches des arbres s'avancer sur le fonds d'un voisin, I, 553. Quel est le droit du propriétaire du fonds sur lequel les branches s'avancent, I, 553, 554. Le Code tient-il compte des anciens usages et règlements en cette matière, I, 554-556. Y a-t-il une exception en faveur des branches des forêts de l'État, I, 556. En quoi consiste cette exception, I, 556, 557. Le fait par un propriétaire d'avoir laissé prescrire contre lui le droit pour son voisin d'avoir des arbres à une distance moins grande que la distance légale, l'empêche-t-il de réclamer contre l'envahissement des branches, I, 557-560. Un propriétaire peut-il perdre par titre ou par prescription, le droit de forcer son voisin à couper des branches des arbres avançant sur son fonds, I, 560-563. *Quid*, si le maître des arbres avait opposé une contradiction au droit du propriétaire voisin, I, 563. Le propriétaire voisin peut-il avoir droit à des dommages-intérêts à raison de ce fait, et à quelle condition, I, 563. A qui appartiennent les fruits pendants aux branches qui avancent, I, 564, 565. Le maître de l'arbre pourrait-il réclamer un passage sur le fonds du voisin pour récolter ses fruits, I, 565-567. Voy. *Arbres*, *Racines*.

C

Canal. Quels droits appartiennent aux propriétaires riverains d'un canal, I, 150, 151. Du cas où ils n'ont qu'un droit de servitude sur le canal, I, 151, 152. Où ils ont un droit de propriété, I, 152, 153. Existe-t-il à leur profit une présomption de propriété du canal qui traverse leurs fonds, I, 153-155. Comment cette propriété peut-elle être établie, I, 155, 156. Par titre, I, 156, 157. Par prescription. A quelles conditions, I, 157, 158. Par la destination du père de famille, I, 158-160. La propriété de l'usine et celle du canal sont-elles inséparables, et l'une peut-elle être prescrite isolément de l'autre, I, 160, 161. Les propriétaires riverains peuvent-ils y acquérir, soit par titre, soit par prescription, un droit de prise d'eau, I, 161. Ce qui distingue le canal artificiel de l'eau courante, I, 161, 162. Voy. *Eaux*, *Moulin*.
Cessation des servitudes. Voy. *Changement des lieux*, *Confusion*, *Extinction des servitudes*.
Changement des lieux. Quand il fait cesser la servitude, II, 461-463. Dans quels cas les choses sont-elles dans un état tel qu'on ne peut plus user de la servitude, II, 463-468. Dans quels cas sont-elles rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude, II, 468-471. Faut-il que les choses soient rétablies identiquement et absolument dans le

même état où elles étaient avant la cessation forcée de la servitude, II, 471, 472. Lorsqu'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la cessation forcée de la servitude, est-elle éteinte, II, 474. Quel est le caractère de ce délai de trente ans après lequel la cessation de la servitude devient définitive, II, 474-486. Est-il susceptible de suspension ou d'interruption, II, 484-486. Quel est le point de départ de ce délai, II, 486-488.

CHAPERON. Voy. *Mitoyenneté.*

CHEMIN. Ce qu'il faut entendre par *chemins de desserte*, *sentes* ou sentiers, II, 128.

CHEMINÉES. Des précautions à prendre pour leur construction, I, 568, 569. Peut-on les enfoncer dans un mur mitoyen, I, 462-465. Voy. *Mur mitoyen.*

CHOSE JUGÉE. Voy. *Actions possessoires et pétitoires.*

CLÔTURE. Du droit qui appartient à chacun de se clore, I, 306, 307. Existe-t-il des exceptions à ce principe, I, 307. En quoi consiste l'exception relative au cas où un droit de passage existe sur le terrain à clore, I, 307. *Quid*, si le passage est dû en vertu d'un titre ou d'une convention, I, 307, 308. *Quid*, en cas d'existence de droits de parcours ou de vaine pâture, I, 308-310. Dans quel cas un propriétaire peut-il, par la clôture, soustraire son héritage au droit de la vaine pâture, I, 311. Est-ce seulement dans le cas où ce droit ne repose que sur la coutume ou sur un usage local immémorial, I, 311-316. *Quid*, si le droit de pâture, fondé sur un titre, existe entre particuliers, I, 316, 317.

CLÔTURE FORCÉE. Dans quels cas un propriétaire peut-il contraindre son voisin à la clôture, I, 414, 415. Peut-on renoncer à ce droit, I, 415-417. En quoi consiste l'obligation réciproque de se clore imposée aux propriétaires voisins dans les villes et faubourgs, I, 417. L'un d'eux peut-il s'en dispenser en abandonnant soit la mitoyenneté du mur, soit la moitié du sol nécessaire à la construction du mur à construire, I, 417-427. Dans quel cas y a-t-il faubourg ou ville, et à quelle autorité appartient-il de le décider, I, 427, 428. De quelle clôture la loi entend-elle parler, I, 428, 429. Faut-il nécessairement un mur, I, 429, 430. Quelle doit être la hauteur des murs de clôture, 430, 431. *Quid*, si les deux terrains limitrophes ne sont pas de niveau, I, 431, 432. Comment, dans ce cas, les frais de construction doivent-ils être supportés, I, 432, 433. Celui des voisins qui aurait construit en entier un mur, pourrait-il contraindre son voisin à acquérir la mitoyenneté de ce mur, I, 433-435. Voy. *Murs mitoyens.*

COMMUNAUTÉ. Voy. *Indivision*, *Non-usage*, *Prescription.*

CONFUSION. Quand une servitude s'éteint-elle par confusion, II, 488, 489. A quelles conditions la confusion opère-t-elle, II, 489-491. L'extinction résultant de la confusion est-elle définitive et irrévocable. II, 491-493. La servitude existant entre le fonds de l'héritier et le fonds héréditaire, renaît-elle, malgré la confusion, en cas de cession par l'héritier de ses droits successifs à un tiers, II, 493-495. *Quid*, si le propriétaire du fonds servant achète le fonds dominant sous faculté de rachat, II, 495, 496.

CONTINUITÉ. Voy. *Servitudes continues.*

CONTRE-MUR. Voy. *Atre*, *Cheminées*, *Four*, *Mitoyenneté*, *Sel.*

CORBEAUX. Voy. *Mitoyenneté.*

COUR. Voy. *Indivision.*

COURS D'EAUX. Voy. *Eaux*, *Eaux courantes*, *Eaux vives*, *Irrigation.*

CROISÉES. Voy. *Jours*, *Vues.*

CUBAGE. Voy. *Eaux courantes*, *Eaux vives*, *Fossés*, *Canal.*

D

DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE. Est un mode d'établissement des servitudes, II, 302-305. Historique de cette matière, II, 305, 306. Dispositions du Code sur ce sujet, II, 306, 307. Quelles servitudes peuvent s'établir ainsi, II, 307, 308. En quel sens il faut entendre ces mots *destination du père de famille*, II, 309. Par qui la servitude doit-elle avoir été établie, II, 309, 310. Quelle doit avoir été l'intention du constituant, II, 310. Les faits constitutifs de la destination du père de famille peuvent-ils être prouvés par témoins, II, 310-313. Faut-il prouver précisément que c'est par le propriétaire des deux héritages que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude, II, 313, 314. La destination du père de famille ne vaut-elle titre que pour les

continues et apparentes, ou bien encore pour les servitudes apparentes seulement. Conciliation des art. 692, 693 et 694, II, 314-331. Faut-il que le signe apparent de servitude consiste en ouvrages d'art quelconques, II, 331, 332. Sur quel fonds le signe apparent doit-il exister, II, 332. Que signifient ces mots de l'art. 694 que le contrat ne doit contenir *aucune convention relative à la servitude*, II, 332, 333. Les art. 692, 693, 694 s'appliquent-ils également au cas de vente ou de division en plusieurs lots d'un même héritage, II, 333, 334. Ces articles s'appliquent-ils aussi bien au cas de disposition à titre gratuit qu'aux aliénations à titre onéreux, II, 334, 335.

DISTANCES LÉGALES. Voy. *Arbres, Branches, Jours, Murs, Vues.*

DOMAINE PUBLIC (Eaux dépendant du). Les propriétaires riverains y ont-ils un droit de prise d'eau, I. 147. Peuvent-ils y établir un moulin, une usine, I, 147. En extraire du sable ou des pierres, I, 147, 148. Y pêcher, I, 147. Quelles sont les eaux dépendant du domaine public, I, 148, 149.

DOMMAGES-INTÉRÊTS. Voy. *Établissements incommodes ou insalubres.*

DRAINAGE. Ce que c'est que le drainage, I, 263, 264. Des dispositions de la loi du 10 juin 1854, I, 264, 265. Du cas où l'opération d'asséchement est faite par un propriétaire isolément, I, 264, 265. Les magistrats ont-ils un pouvoir discrétionnaire pour la constitution de cette servitude, I, 265, 266. Le passage des eaux pourrait-il être demandé dans un but d'exploitation industrielle ou pour des usages domestiques, I, 266. Le propriétaire du fonds servant pourrait-il s'affranchir de la servitude en construisant un bâtiment ou une clôture et en offrant de rendre l'indemnité qu'il aurait reçue, I, 267. De l'hypothèse où l'opération est entreprise par une réunion de propriétaires constitués en syndicat, I, 267, 268. De la compétence en cas de contestation, I, 268, 269. Instruction, I, 267. Délits que cette loi prévoit et réprime, I, 269.

E

EAUX. Obligation de les recevoir pour les fonds inférieurs, I, 23, 24. Motifs de cette servitude, I, 24, 25. Quels fonds sont assujettis à cette obligation, I, 25. Quelles eaux doivent-ils recevoir, I, 25, 26. Les deux fonds doivent-ils être contigus, I, 26. *Quid*, si le fonds inférieur est une voie publique, I, 26, 27. En cas de privation de cette servitude par l'administration, serait-il dû une indemnité, I, 27. *Quid*, s'il y avait, entre les deux fonds, un mur de séparation, I, 27, 28. La servitude n'existe pas, si les eaux sont amenées par le fait de l'homme, I, 28. *Quid*, des eaux pluviales provenant de l'égout des toits, I, 28, 29. *Quid*, s'il s'agissait des eaux d'une source nouvellement ouverte par le résultat des travaux de l'homme. Distinction, I, 29-32. *Quid*, des eaux d'un étang, I, 32. Des eaux d'un marais, I, 33. Des fleuves et des rivières navigables ou flottables, I, 33-35. Exception en faveur des fonds supérieurs résultant de la loi sur les irrigations, I, 35, 36. En quoi consistent les obligations des propriétaires inférieurs, I, 36-38. Sont-ils tenus de curer le lit, fossé ou ravin, servant à l'écoulement des eaux, I, 38, 39. Ne doivent-ils pas au moins l'entrée de leur fonds au propriétaire supérieur, I, 39, 40. *Quid*, s'il y avait titre ou convention contraire, I, 40, 41. Des obligations du propriétaire supérieur, I, 41. Il ne doit pas aggraver la servitude du fonds inférieur, I, 41. Comment reconnaître l'état primitif du fonds inférieur, I, 41, 42. En quel sens il faut entendre la prohibition d'aggraver, I, 42-45. Dans quels termes et pour quels usages le propriétaire supérieur peut-il se servir des eaux, I, 45. Distinctions, I, 45-47. Règles générales sur ce point, I, 47, 48. Le propriétaire inférieur peut-il contraindre le propriétaire supérieur à rétablir une digue naturelle ou artificielle qui le protégeait contre l'action des eaux, I, 48-50. Peut-il au moins la rétablir à ses frais, I, 50, 51. Quelles actions appartiennent aux propriétaires soit inférieurs, soit supérieurs, I, 51. A quelles conditions l'action en dommages-intérêts existe-t-elle, I, 51. Faut-il un dommage accompli, I, 51, 52. *Quid*, si l'ouvrage nuisible a été fait publiquement au vu et au su du propriétaire, quoique sans consentement exprès de sa part, I, 53-56. *Quid*, s'il s'est écoulé plus de 30 ans depuis la confection des ouvrages nuisibles, I, 56, 57. Des dommages-intérêts ne sont-ils dus à raison d'ouvrages nuisibles établis par l'un des propriétaires, qu'à dater d'une mise en demeure à lui adressée, I, 57-59. Le propriétaire supérieur peut-il être contraint à lais-

ser couler ses eaux sur les fonds inférieurs, ou n'est-ce pour lui qu'une faculté, I, 59, 60. *Quid*, s'il s'agit d'eaux pluviales, I, 60. D'eaux de source, I, 60, 61. Le propriétaire supérieur pourrait-il perdre son droit à l'écoulement des eaux sur les fonds inférieurs par le non-exercice de ce droit pendant 30 ans, I, 61. Voy. *Eaux pluviales*, *Eaux courantes*, *Eaux vives*, *Éboulements*, *Curage*, *Dommages-intérêts*, *Prescription*, *Servitudes*.

EAUX COURANTES. Des droits qui appartiennent aux propriétaires riverains sur les eaux courantes, I, 143. Du droit de prise d'eau, 143, 144. Leur appartient-il sur les lacs, étangs ou autres réservoirs de ce genre, I, 145, 146. Sur les eaux dépendant du domaine public, I, 146-150. Sur les eaux qui coulent dans un canal, I, 150-162. Comment s'exerce le droit de prise d'eau, I, 165. A quels propriétaires appartient-il, I, 165, 166. De la condition de contiguïté de l'héritage avec le cours d'eau, I, 166-168. *Quid*, si le cours d'eau change de lit, I, 165. *Quid*, si un héritage est séparé d'un cours d'eau par un chemin public, I, 165, 166. Le droit de prise d'eau appartient-il à tous les riverains sans distinction, I, 167, 168. Leur appartient-il avec la même étendue, I, 160. Distinction à cet égard, I, 168.

1° Du cas où la propriété borde seulement l'eau courante. Quel est le droit du propriétaire bordier, I, 169, 170. Peut-il détourner le cours de l'eau, I, 170. Peut-il y pratiquer des saignées ou des rigoles, I, 170, 171. Établir un barrage, I, 171. Ce barrage pourrait-il être appuyé sur la rive opposée, I, 172. Peut-il dériver l'eau sur son fonds au moyen d'une prise d'eau établie sur un fonds supérieur au sien, I, 173, 172. En quel sens le propriétaire peut-il se servir de la prise d'eau pour l'irrigation de ses propriétés, I, 173, 174. Peut-il, sans le consentement de ses coriverains ou des riverains inférieurs, faire participer au bénéfice de l'irrigation ses propriétés non riveraines, en obtenant un droit de passage sur les propriétés intermédiaires, I, 174-176, 245, 246. Pourrait-il concéder l'eau à un propriétaire non riverain, I, 176, 177. Les terres non riveraines acquises par le propriétaire bordier et augmentant ainsi sa propriété riveraine primitive, peuvent-elles jouir du bénéfice de l'irrigation, I, 177-180. En cas de division du fonds riverain par l'effet d'un partage ou de tout autre mode d'aliénation, les parties qui cessent d'être riveraines, continuent-elles d'avoir droit à l'eau courante pour l'irrigation, I, 180-184.

Le propriétaire bordier ne peut-il pas se servir de l'eau courante pour d'autres usages que pour l'irrigation de ses propriétés, I, 185, 186. *Quid*, pour l'établissement d'un lavoir, d'un vivier, d'un bassin, I, 186, 187. D'un établissement industriel, I, 187, 188. Peut-il se servir de l'eau courante comme d'une force motrice et construire à cet effet un moulin ou toute autre usine, I, 188-194.

Des autres droits qui appartiennent aux propriétaires riverains. Du droit de pêche, I, 194, 195. Du droit aux produits du lit de l'eau, I, 195. Du droit d'avoir une barque, I, 195. Dans quel intérêt ces restrictions sont-elles apportées au droit du propriétaire riverain, I, 195-197.

2° Du cas où la propriété est traversée par une eau courante, I, 197. Quels sont alors les droits du propriétaire, I, 197, 198. Peut-il appuyer des barrages ou autres travaux sur l'une et sur l'autre rive, I, 198. Peut-il en général employer toute la quantité d'eau dont il a besoin, sauf à ne laisser aux riverains inférieurs que ce qui en reste après ses besoins satisfaits, I, 198-201. Obligation de rendre l'eau à son cours ordinaire à la sortie de ses fonds, I, 201-203. Les propriétaires riverains d'une eau courante sont responsables des dommages qu'ils peuvent causer, I, 203, 204. Ils doivent se conformer aux règlements administratifs, I, 204. L'autorisation administrative est-elle nécessaire pour l'établissement d'un moulin, I, 204, 205. Pour l'établissement d'un barrage ou de tout autre travail, I, 205-208.

Des parties peuvent-elles, par des conventions particulières, déroger aux droits résultant pour elles de l'art. 644, I, 208-210. Ces modifications peuvent-elles résulter de la prescription, I, 210. A quelles conditions la prescription de ces droits peut-elle avoir lieu, I, 210, 211. Des actes de pure faculté. Comment peuvent-ils perdre ce caractère, I, 211-213. Le droit de pêche peut-il être prescrit, I, 213-217. Ces modifications sont-elles possibles même au cas de l'existence d'un règlement administratif, I, 217, 218. En cas de trouble, les propriétaires riverains ont-ils l'action possessoire, I, 218, 219. Voy. *Autorité administrative*, *Autorité judiciaire*.

EAUX PLUVIALES. Le propriétaire sur le

fonds duquel tombent des eaux pluviales, a-t-il le droit d'en user à sa volonté, I, 126, 127. *Quid*, des propriétaires inférieurs, I, 127, 128. Le propriétaire inférieur peut-il acquérir le droit aux eaux pluviales : 1° par titre, I, 128, 129. 2° Par prescription, I, 129-134. A l'aide de quels ouvrages et à quelles conditions, I, 134. 3° Par la destination du père de famille, I, 134, 135. Quelles restrictions résultent de cette acquisition contre le propriétaire supérieur, I, 135, 136. L'art. 643 est-il applicable aux eaux pluviales, I, 136.

Du cas où les eaux pluviales tombent sur la voie publique, I, 136. Tout propriétaire riverain de la voie publique peut-il s'approprier, par droit d'occupation, les eaux pluviales à leur passage vis-à-vis de son fonds, I, 136-138. Pourrait-il être privé de ce droit par un règlement d'administration publique, I, 138, 139. Si elles ont été dérivées de la voie publique par un propriétaire riverain, le propriétaire d'un fonds séparé de la voie publique par celui sur lequel les eaux pluviales ont été dérivées, peut-il y acquérir un droit de servitude, soit par titre, soit par prescription, soit par destination du père de famille, I, 139-142. La règle de l'art. 645 est-elle applicable aux eaux pluviales, I, 142, 143. Voy. *Eaux*.

EAUX VIVES. Droit du propriétaire sur la source qui naît dans son fonds, I, 71. Il peut en user à sa volonté, I, 72. Ce droit n'existe que pour le fonds même dans lequel la source prend naissance, I, 72, 73. Le propriétaire du sol a-t-il le droit de faire sur son fonds des fouilles afin de découvrir des eaux souterraines, I, 73, 74. Le droit du propriétaire de la source est-il subordonné à l'intérêt qu'il aurait à en disposer, I, 75-78. Ce droit de disposition absolue cesse lorsque le propriétaire y a renoncé par titre, I, 78, 79. Les autorisations administratives ne sauraient paralyser son droit, I, 79. *Quid*, pour les moulins ou usines établis par suite de concessions seigneuriales, I, 79, 80. Le propriétaire inférieur peut acquérir un droit aux eaux vives par prescription, I, 80. A quelles conditions, I, 80. Par quel laps de temps, I, 80-82. Quel est le point de départ de la prescription, I, 82. Nature des travaux à exécuter par le propriétaire inférieur, I, 82-84. Ils doivent être apparents, I, 82-84. Ils doivent avoir pour résultat de faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété, I, 84. Les ouvrages doivent-ils, pour conduire à la prescription, avoir été faits sur le fonds supérieur, I, 84-97. Le droit d'acquérir par prescription l'eau de la source, appartient-il aux divers propriétaires des fonds inférieurs ou seulement au fonds immédiatement inférieur, I, 97, 98. Une simple contradiction opposée au propriétaire supérieur pourrait-elle suppléer la prescription, I, 98, 99. De l'acquisition du droit à l'eau de la source par la destination du père de famille, I, 99, 100.

Des droits qui restent au propriétaire sur la source duquel une servitude a été établie, I, 100, 101. Il ne peut plus détourner les eaux de la source, I, 101. Y a-t-il lieu de distinguer entre les diverses manières dont la servitude de prise d'eau a été acquise, I, 101, 102. Le propriétaire supérieur peut-il encore faire de nouvelles concessions d'eau au profit d'autres propriétaires, I, 102, 103.

Quels droits appartiennent au propriétaire inférieur par suite de l'acquisition de la servitude de prise d'eau, I, 104. Pourrait-il, sans le consentement du propriétaire de la source, faire des concessions d'eau à un tiers sur le canal ou le fossé pratiqué chez lui, I, 104-106. Peut-il en arrêter le cours au préjudice des propriétaires inférieurs, I, 106. Ceux-ci peuvent-ils eux-mêmes acquérir par prescription une servitude de prise d'eau sur la source, I, 106, 107.

Le droit de disposition du propriétaire de la source ne reçoit-il pas encore une exception, I, 107. De la disposition de l'art. 643, I, 107, 108. A quelles eaux s'applique cet article, I, 108. *Quid*, des citernes, mares, étangs ou fontaines stagnantes, I, 108. Cet article porte-t-il atteinte au droit absolu du propriétaire de faire des fouilles dans son fonds, I, 108-110. A quelles conditions l'art. 643 est-il applicable, I, 110. En quel sens l'eau doit-elle être nécessaire aux habitants, I, 110-112. Les habitants ont-ils le droit de forcer le propriétaire de la source à leur livrer passage sur son fonds pour y exercer le puisage ou l'abreuvage, I, 112. Dans quel cas le propriétaire de la source a-t-il droit à une indemnité, I, 112, 113. *Quid*, s'il y a prescription, I, 113. Dans quel cas et sous quelles conditions les habitants ont-ils pu prescrire l'usage de l'eau, I, 113-115. Droits du propriétaire sur la source ainsi grevée de servitude, I, 115-117.

En dehors de des deux exceptions, le droit du propriétaire peut-il encore recevoir quelque restriction, I, 117. Exception résultant d'un décret du 10 mars 1848, I, 117-118. Voy. *Moulin*, *Pêche*, *Prescription*. Comment cette exception est-elle définitivement réglée par la loi du 22 juillet 1856. A quelle source d'eaux minérales s'applique-t-elle, I, 119. Le propriétaire peut-il faire un sondage ou un travail souterrain dans le périmètre de protection d'une source minérale déclarée d'utilité publique, I, 119, 120. Qu'arrive-t-il si des travaux entrepris en dehors du périmètre ont diminué ou altéré la source, I, 120, 121. Le propriétaire d'un fonds voisin peut-il être tenu de souffrir que le propriétaire de la source fasse certains travaux sur son fonds, I, 122. Lui est-il dû une indemnité, quel est son objet, et comment est-elle réglée, I, 122, 123. Quel est le droit du propriétaire, lorsque l'occupation du terrain le prive de plus d'une année de jouissance, ou rend le fonds impropre à l'usage auquel il était employé, I, 123-125.

ÉBOULEMENTS. Le propriétaire du fonds inférieur est-il tenu de les recevoir, I, 62. A quelles conditions, I, 62. Peut-il contraindre le propriétaire supérieur à le protéger contre les éboulements, I, 62. A-t-il droit à quelque indemnité pour le dommage qui peut en résulter pour son fonds, I, 62, 63. Le propriétaire supérieur a-t-il le droit de venir reprendre les matériaux tombés sur le fonds inférieur, I, 63. Peut-il y être contraint, I, 63. De l'obligation pour le propriétaire supérieur de ne pas aggraver la servitude, et de la limite de cette obligation, I, 63, 64. De l'obligation du propriétaire inférieur, I, 64, 65. Voy. *Servitudes dérivant de la situation des lieux*.

ÉGOUT DES TOITS. En quoi consiste l'obligation relative à l'égout des toits, II, 69, 70. Les gouttières peuvent-elles faire saillie sur le fonds voisin, II, 70. Espace que doit laisser celui qui construit un mur destiné à supporter un toit, II, 71, 72. Quelle est l'étendue de l'espace à laisser, II, 72, 73. *Quid*, si ces précautions ont été négligées, II, 74. Le maître du bâtiment est-il présumé propriétaire de la bande de terrain existant entre l'égout des toits et le fonds du voisin, II, 74, 75. La présomption de propriété peut-elle être combattue et par quels moyens, II, 75-78. La servitude d'égout peut-elle être acquise par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, II, 78, 79. Peut-elle être établie aussi dans l'intérêt du propriétaire voisin du bâtiment, d'où les eaux s'écoulent, II, 79, 80. Du droit qui appartient à chacun de verser l'égout de ses toits sur la voie publique, II, 80.

ENCLAVE. Voy. *Passage*.

ÉTABLE. Ce que doit faire celui qui veut adosser une étable contre un mur mitoyen ou non, I, 573.

ÉTABLISSEMENTS DANGEREUX, INCOMMODES OU INSALUBRES. Le propriétaire voisin d'un établissement classé et autorisé peut-il réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice que cet établissement lui causerait, II, 135-145. Y a-t-il lieu de distinguer entre le dommage matériel et le dommage moral, II, 145-147. *Quid*, si le demandeur en dommages-intérêts n'avait pas réclamé lors de la formation de l'établissement ou si son opposition avait été rejetée, II, 147-149. Les mêmes principes sont-ils applicables aux établissements non autorisés, II, 149-150. Dans quels cas y aura-t-il lieu d'allouer des dommages-intérêts, II, 150-153. Pouvoir des magistrats à cet égard. *Quid*, s'il y a mauvaise foi et intention de nuire de la part du constructeur, II, 154, 155. *Quid*, s'il y avait, pour l'établissement, antériorité de possession et d'existence, II, 155, 156. Comment se détermine la quotité des dommages-intérêts, II, 156. *Quid*, si le dommage était seulement imminent et certain, mais non encore réalisé, II, 157-160. Voy. *Dommages-intérêts*, *Propriété*.

ÉTAGES D'UNE MAISON. Voy. *Maison*.

ÉTANG. Voy. *Eaux courantes*, *Prise d'eau*, *Irrigation*, *Indivision*.

EXHAUSSEMENT D'UN MUR. Voy. *Mitoyenneté*, *Murs*.

EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE. Est un mode d'extinction des servitudes, II, 579, 580.

EXTINCTION DES SERVITUDES. Voy. *Cessation de servitudes*, *Changement des lieux*, *Confusion*, *Expropriation*, *Non-usage*, *Prescription*, *Remise*, *Résolution*.

F

FENÊTRES. Voy. *Croisées*, *Jours*, *Vues*.

FONTAINES. Voy. *Eaux vives*.

FOSSES D'AISANCES. Voy. *Mur*, *Mitoyenneté*.

Fossé. Du droit pour chacun de pratiquer un fossé sur son fonds, I, 512. Doit-on, en cas d'ouverture d'un fossé, laisser un certain espace entre le bord du fossé et le fonds du voisin, I, 512, 513. Les règlements anciens et les usages locaux sur la distance à observer dans ce cas sont-ils encore applicables, I, 513-516. Le terrain de la répare est-il prescriptible, I, 516. Celui auquel un fossé appartient exclusivement, peut-il le combler, I, 516, 517. Voy. *Fossé mitoyen, Mitoyenneté.*

Fossé mitoyen. Dans quels cas un fossé est-il présumé mitoyen, I, 504, 505. Devant quels faits ou quels actes la présomption doit-elle céder, I, 505. Du titre, I, 505. Dans quels cas y a-t-il marque contraire, I, 505. A quelles conditions le rejet de la terre d'un seul côté détruit-il la présomption de mitoyenneté, I, 506, 507. Ne faut-il pas qu'il existe depuis plus d'une année, I, 507. La prescription peut-elle aussi faire cesser la présomption, I, 507, 508. L'art. 667 est-il limitatif, I, 508.

Aux frais de qui l'entretien du fossé est-il, I, 509. L'un des copropriétaires peut-il se soustraire aux obligations d'entretien par l'abandon de son droit, I, 509, 510. N'existe-t-il pas d'exception à cette faculté d'abandon, I, 510. Quels sont les effets de cet abandon, I, 510, 511. Au lieu d'abandonner, le propriétaire pourrait-il demander le partage du fossé, I, 511, 512. Voy. *Mitoyenneté.*

Fouilles. Voy. *Eaux vives.*

Four. Voy. *Atre.*

Francs bords des canaux. Voy. *Canal, Moulin.*

Fruits. Voy. *Arbres, Branches.*

Fumée. Voy. *Dommages-intérêts, Établissements incommodes ou insalubres.*

Fumier. Voy. *Étable, Murs mitoyens.*

G

Gouttière. Voy. *Égout des toits.*

H

Haie. Quels sont les droits du propriétaire exclusif d'une haie, I, 526, 527. Lorsqu'il veut la détruire, doit-il encore aujourd'hui se conformer aux anciens règlements et usages qui organisaient l'exercice de ce droit, I, 527, 528. Voy. *Haie mitoyenne.*

Haie mitoyenne. Dans quels cas une haie est-elle mitoyenne, I, 518, 519. Devant quels faits cette présomption cesse-t-elle, I, 519. *Quid*, si un seul des héritages est en état de clôture, I, 519, 520. En quel sens il faut entendre ces mots : *en état de clôture*, I, 520, 521. Faut-il tenir compte du plus ou moins grand besoin qu'un des propriétaires aurait de la haie, I, 521, 522. Du cas où la propriété exclusive résulte d'un titre pour l'un des propriétaires, I, 522. Du cas où il y a possession au contraire, I, 522. Que doit-on entendre par une possession suffisante, I, 522, 523. *Quid*, si deux héritages sont séparés tout à la fois par une haie et par un fossé, I, 523-525. Des droits et des charges qui résultent de cette mitoyenneté, I, 525. De la faculté d'abandon, I, 525, 526. L'un des propriétaires pourrait-il exiger que la haie fût détruite ou partagée, I, 526. Quels sont les droits des propriétaires d'une haie mitoyenne sur les arbres plantés dans cette haie, I, 528-531. Voy. *Haie.*

Halage (chemin de). Voy. *Pêche, Navigation, Servitude.*

I

Indivision. Constitue-t-elle pour certains cas une servitude, I, 496, 497. Dans quelle étendue les règles de la communauté sont-elles alors applicables, I, 497-499. Le copropriétaire d'une cour commune peut-il exhausser sa maison donnant sur cette cour et y pratiquer des ouvertures, I, 499, 500. Y pratiquer des gouttières, des entonnoirs, I, 500, 501. *Quid*, d'innovations ou constructions devant avoir pour conséquence de dénaturer la chose commune, I, 501. *Quid*, de l'exercice d'une profession bruyante, I, 501, 502. Comment doivent être supportées les charges de l'indivision, I, 502. Chacun des communistes peut-il s'en affranchir par l'abandon de son droit, I, 502. Voy. *Maison, Cour commune, Allée commune.*

Irrigation. Motifs de la loi du 29 avril 1845, I, 239. Dispositions de cette loi, I, 239, 240. De la servitude de passage imposée par cette loi aux

fonds intermédiaires pour la dérivation, sur un fonds non riverain, d'une eau courante, I, 240, 241. Au profit de qui cette servitude existe-t-elle, I, 241. Pour quel objet, I, 242, 243. Y a-t-il lieu de distinguer les causes diverses en vertu desquelles le propriétaire peut disposer de l'eau courante, I, 243, 244. *Quid*, s'il en jouit à titre de propriétaire, I, 244, 245. Comme concessionnaire, I, 245. En vertu d'un droit d'usage, I, 245. Un propriétaire riverain peut-il réclamer le passage sur les fonds intermédiaires, afin de conduire les eaux sur des fonds non riverains qui lui appartiennent, I, 245, 246. La loi de 1845 est-elle applicable au propriétaire non riverain, concessionnaire des eaux qu'il s'agit de dériver, I, 246-248. *Quid*, du propriétaire non riverain auquel l'administration aurait concédé un droit de prise d'eau sur une rivière navigable ou flottable, I, 248, 249. Quels sont les droits du propriétaire intermédiaire sur les eaux qui traversent son fonds, I, 250, 251. De l'obligation imposée aux propriétaires inférieurs de recevoir les eaux qui s'écoulent des terrains arrosés, I, 251. Leur est-il dû une indemnité à raison de cet écoulement, et qu'elle est cette indemnité, I, 251. La loi de 1845 ne crée-t-elle pas une servitude de passage, pour l'écoulement des eaux nuisibles dérivées d'un terrain submergé, I, 253. Faut-il distinguer entre les différentes causes par suite desquelles le terrain a été submergé, I, 253, 254. N'existe-t-il pas quelques exceptions quant aux terrains sur lesquels le passage des eaux peut s'effectuer, I, 255. *Quid*, des cours, jardins, parcs et enclos, I, 255. Quelle indemnité est due en pareil cas, I, 256. Du caractère de cette indemnité, I, 256. Quelle est la juridiction compétente pour connaître des contestations existant entre les riverains, I, 256. Des droits de l'administration supérieure, I, 257. Motifs et dispositions de la loi du 11 juillet 1847, I, 257. Du droit d'appui et de sa raison d'être, I, 257, 258. Au profit de quelles propriétés existe-t-il, I, 258. Sur quelle propriété l'appui peut-il être établi, I, 258. Au profit de quels terrains la loi de 1847 fait-elle exception, I, 259. De l'indemnité qui peut être due et en quoi elle doit consister, I, 259-261. De l'autorité compétente pour connaître des contestations, I, 262, 263. Voy. *Appui*, *Drainage*, *Eaux*.

ISSUE. Voy. *Passage*.

J

JET DE TERRES. Voy. *Canal*, *Fossés*, *Haies*.

JOURS. Ce que c'est, II, 4, 5. Ce qui distingue les simples jours des vues, II, 5, 6. Peut-on avoir des jours sur l'héritage voisin, II, 6. Distinction entre le cas d'un mur mitoyen et le cas d'un mur non mitoyen, II, 7. Peut-on avoir des jours dans un mur mitoyen, II, 7, 8. A quelles conditions peut-on avoir des jours dans un mur non mitoyen placé sur la ligne séparative des deux héritages, II, 9-11. A quelle hauteur ces jours doivent-ils être placés, II, 11. Si les terres des deux héritages contigus ne sont pas de niveau, comment se calcule la hauteur, II, 11, 12. Le maître d'un mur peut-il pratiquer les soupiraux de ses caves à une hauteur moindre que celle fixée par l'art. 677, II, 12, 13. *Quid*, si l'ouverture est destinée à éclairer un escalier, II, 13. Comment se calcule la hauteur prescrite par l'art. 677, II, 13. Le propriétaire d'un mur peut-il lui donner telles dimensions en hauteur et en largeur que bon lui semble, II, 13, 14. Le voisin qui ne peut pas s'opposer à ce que des jours soient ouverts, peut-il néanmoins de son côté planter et bâtir, II, 15, 16. Le propriétaire peut-il faire garnir les ouvertures pratiquées dans son mur, de verres dépolis, II, 17, 18. Voy. *Murs mitoyens*, *Vues*.

M

MAISON. Du cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs propriétaires, I, 483, 484. Quelles sont les obligations respectives de chacun des propriétaires, I, 485. Quelles sont les charges communes à tous, I, 485. *Quid*, des réparations aux murs des caves, I, 485, 486. Dans quelle proportion ces charges doivent-elles être supportées, I, 487. *Quid*, des impôts, I, 487. Du pavé de la rue, I, 487, 488. Quelles sont les charges particulières à chacun des propriétaires, I, 488. De la confection et de la réparation des escaliers, I, 489. *Quid*, du plancher, I, 489, 490. Chaque propriétaire peut-il se soustraire

tant aux charges communes qu'aux charges particulières par l'abandon de son droit, 490, 491. Quels sont les droits de chaque propriétaire sur l'étage qui lui appartient, I, 491. Le propriétaire de l'étage supérieur a-t-il le droit d'y ajouter de nouveaux étages sans le consentement de ses communistes, I, 491-493. *Quid*, de l'établissement d'une chaudière à vapeur, I, 493, 494. *Quid*, en cas de destruction de la maison par un incendie ou par tout autre cas fortuit, I, 494-495. *Quid*, si, par suite d'alignement, la maison doit avancer ou reculer, I, 495, 496. Voy. *Indivision*.

MITOYENNETÉ. Ce que c'est, I, 330. Quel est le caractère de la mitoyenneté; constitue-t-elle une copropriété indivise, I, 330, 331. Exception à la règle d'après laquelle nul n'est tenu de rester dans l'indivision, I, 331, 332. Des effets de la mitoyenneté, I, 332. Voy. *Haies, Fossés, Murs mitoyens*.

MODE DE LA SERVITUDE. Voy. *Non-usage, Extinction des servitudes, Prescription*.

MOULIN. Peut-on établir un moulin sur une rivière dépendant du domaine public, I, 147. Le propriétaire bordier d'une eau courante peut-il former sur ce cours d'eau un établissement de ce genre, I, 188, 189. Des moulins existant avant 1789, I, 189, 190. *Quid*, si les propriétaires de ces moulins ne pouvaient pas représenter un acte de concession, I, 190. Y a-t-il lieu de distinguer entre les moulins construits par des tiers en vertu de concessions à eux faites par les anciens seigneurs, et les moulins qui auraient été construits par les seigneurs eux-mêmes et qui auraient été acquis par des usiniers, I, 196, 191. Sous le Code, une autorisation préalable est nécessaire, I, 191, 192, 204. *Quid*, s'il n'y a pas eu d'autorisation, I, 192-194. Voy. *Eaux courantes*.

MURS (non mitoyens). Quels sont les droits du propriétaire voisin d'un mur non mitoyen contre ce mur, I, 476. Le propriétaire exclusif d'un mur a-t-il droit à un passage sur le fonds du voisin pour faire effectuer à son mur les réparations nécessaires, I, 476-479. Distinctions proposées à cet égard, I, 479-481.

MURS (mitoyens). De l'obligation de construire un mur à une certaine distance, I, 332, 333. A quelles conditions la mitoyenneté d'un mur existe-t-elle, I, 336, 337. De la présomption de mitoyenneté, I, 337. Dans quels cas cette présomption existe-t-elle, I, 337, 338. Du mur séparant des bâtiments. Jusqu'à quel point y a-t-il mitoyenneté, I, 338. *Quid*, si les bâtiments sont de hauteur inégale, I, 338, 339. *Quid*, si le toit du bâtiment présente d'un côté ou même des deux côtés un plan incliné plus ou moins régulier, I, 339, 340. *Quid*, si les cheminées du bâtiment inférieur s'élèvent adossées contre le mur du bâtiment supérieur, I, 340. Du cas où il y a titre, I, 341. *Quid*, s'il est prouvé que l'un des deux bâtiments est plus ancien que l'autre et qu'il existe depuis moins de trente ans, I, 341, 342. *Quid*, s'il n'y a de bâtiment que d'un côté et qu'il existe de l'autre côté, des traces d'un ancien bâtiments, I, 342, 343. Doit-on présumer la mitoyenneté d'un mur qui sépare un bâtiment d'un terrain quelconque non bâti, I, 343-347.

De la mitoyenneté des murs servant de séparation entre cours, jardins et même entre enclos dans les champs, I, 347. *Quid*, du mur existant entre une cour et un jardin, I, 347, 348. Dans ce cas, la mitoyenneté n'existe-t-elle qu'autant que les deux fonds sont clos de tous leurs côtés, I, 348-350. De la mitoyenneté des murs entre enclos, I, 350. Qu'entend-on par *enclos*, I, 350, 351. *Quid*, si un enclos est enfermé des quatre côtés par des murs de pierres de taille, tandis que l'autre fonds n'est clos des trois autres côtés que par un mur de pierres sèches ou de boue, I, 351. Y a-t-il mitoyenneté d'un mur séparant deux fonds qui ne sont ni cours, ni jardins, ni enclos ni l'un ni l'autre, I, 351, 352. Les murs de soutènement ou de terrasse sont-ils présumés mitoyens, I, 352-355. A quelle condition la présomption de mitoyenneté est-elle alors applicable, I, 355, 356.

Dans quels cas la présomption de mitoyenneté cesse-t-elle, I, 356. *Quid*, s'il y a titre, I, 356, 357. Est-il nécessaire que le titre soit un acte commun à l'autre voisin, I, 357, 358. *Quid*, en cas d'existence de marques du contraire, I, 359. A quels signes reconnaît-on ces marques, I, 359-361. A quelles conditions la loi les admet-elle, I, 361. *Quid*, si, après coup, le voisin établissait dans le mur des marques de non-mitoyenneté, I,

361, 362. Résulte-t-il une présomption de mitoyenneté de l'existence, dans les deux côtés du mur, des marques de non-mitoyenneté, I, 362-364. Existe-t-il d'autres marques de non-mitoyenneté que celles écrites dans l'art. 654, I, 364-368. *Quid*, s'il y a conflit entre le titre produit par l'un et la présomption invoquée par l'autre, I, 368, 369. La présomption légale de mitoyenneté doit-elle aussi disparaître devant la prescription en vertu de laquelle l'un des voisins prétendrait avoir acquis la propriété exclusive du mur, I, 370-377.

De la faculté qui appartient au voisin d'un mur, d'en acquérir la mitoyenneté, I, 379, 380. Au profit de qui cette faculté existe-t-elle, I, 380. *Quid*, de l'usufruitier, de l'usager, I, 380, 381. A quelle condition, I, 381. *Quid*, si l'espace existant est insignifiant et sans utilité pour le propriétaire voisin, I, 381-383. De quels murs la mitoyenneté peut-elle être acquise, I, 383-385. *Quid*, d'un mur qui aurait déjà été mitoyen, I, 385. Faut-il le consentement du propriétaire du mur, I, 385, 386. Celui qui veut acquérir la mitoyenneté est-il tenu de donner des raisons, I, 386, 387. Le propriétaire voisin peut-il renoncer à cette faculté, I, 388. Cette renonciation résulte-t-elle de la servitude *non ædificandi aut non altius tollendi*, I, 388. L'acquisition peut-elle porter sur une partie du mur seulement, I, 388. Peut-elle avoir pour objet l'épaisseur du mur, I, 389. Quelle indemnité l'acquéreur de la mitoyenneté doit-il, I, 390, 391. *Quid*, si, à raison de la valeur du mur et des matériaux, le mur dépasse les besoins de celui qui veut en acquérir la mitoyenneté, I, 391-393. En cas de contestation sur la valeur du mur, comment doit-on procéder, I, 393, 394. Aux frais de qui l'expertise doit-elle avoir lieu, I, 394. Marche à suivre pour celui qui veut acquérir la mitoyenneté d'un mur, I, 395. A quel moment l'indemnité doit-elle être payée, I, 395. Celui qui vend la mitoyenneté aura-t-il, à raison de cette indemnité, un privilége et une action résolutoire, I, 395. Le propriétaire exclusif du mur pourrait-il contraindre son voisin à en acquérir la mitoyenneté, I, 395, 396. N'y a-t-il pas lieu de distinguer entre les murs situés dans les lieux où la clôture est forcée et ceux où elle ne l'est pas, I, 421, 422. Quels sont les effets de la cession forcée de la mitoyenneté, I, 396, 397. L'acquéreur de la mitoyenneté peut-il faire supprimer les jours de souffrance que le voisin a ouverts dans le mur à l'époque où il en était le propriétaire exclusif, I, 397-403. Aux frais de qui la suppression doit-elle avoir lieu, I, 403, 404. *Quid*, des vues ou fenêtres ouvrantes qui existeraient dans le mur, I, 404, 405.

Quel est le caractère juridique de cette opération, I, 405. Le propriétaire du mur qui a été contraint de céder la mitoyenneté, doit-il garantie, I, 406, 407. Peut-il réclamer, pour le payement du prix, le privilége de l'art. 2103, I, 407, 408. Les créanciers hypothécaires du propriétaire du mur auraient-ils le droit de suite contre le voisin acquéreur de la mitoyenneté, I, 408, 409.

De la faculté pour le copropriétaire d'un mur mitoyen, d'acquérir la mitoyenneté des exhaussements faits par son cointéressé, I, 409, 410. A quelles conditions cet exhaussement peut-il être acheté, I, 410-413. Quelles sont les obligations dérivant de la mitoyenneté, I, 437. *Quid*, de la réparation et de la reconstruction d'un mur mitoyen, I, 437, 438. Un voisin peut-il se soustraire aux obligations dérivant de la mitoyenneté, par l'abandon de son droit dans cette mitoyenneté, I, 438. Conséquence de cet abandon, I, 438, 439. *Quid*, si tous les deux optent pour un pareil abandon, I, 439. Celui qui, par suite d'abandon, est devenu propriétaire exclusif du mur, peut-il ensuite le détruire ou le laisser tomber, I, 439, 440. Cette faculté d'abandon existe-t-elle non-seulement dans les campagnes, mais encore dans les villes et les faubourgs, I, 417-426. *Quid*, si la reconstruction ou les réparations du mur mitoyen ont pour cause le fait ou la faute de l'un des copropriétaires, I, 440, 441. Dans quels cas y a-t-il lieu à la reconstruction ou à la réparation du mur mitoyen, I, 441, 442. Suivant quelles bases doivent-elles avoir lieu, I, 442, 443.

Quels sont les droits dérivant de la mitoyenneté, I, 445. Du droit de bâtir contre un mur mitoyen et d'y placer des poutres, I, 445, 446. t doivent-elles être placées I, 446-447.

Du droit d'exhaussement, I, 447-449. Sur qui doivent retomber les frais d'exhaussement, I, 449, 450. *Quid*, si le mur n'a pas besoin d'être reconstruit, I, 450. Comment se calcule alors le montant de l'indemnité, I, 450-452. L'exhaussement peut-il être appuyé sur la moitié de l'épaisseur du mur, I, 452, 453. *Quid*, s'il est nécessaire de reconstruire le mur, afin de l'exhausser, I, 453. Aux frais de qui la reconstruction doit-elle avoir lieu, I, 453, 454. Lorsque c'est aux frais de celui qui veut exhausser, celui-ci doit-il indemniser son copropriétaire de tous les dommages qui pourraient en résulter, I, 454-456. *Quid*, relativement aux autres incommodités et dommages que le voisin peut éprouver et qui ne font pas partie des frais de reconstruction, I, 456-460. Quelle est la position des parties et quels sont leurs droits respectifs quant à cet exhaussement, I, 460, 461. Chacun des propriétaires peut-il donner au mur plus de profondeur souterraine, I, 461. Du droit d'appui qui appartient à chacun des propriétaires contre un mur mitoyen, I, 461, 462. *Quid*, pour les travaux dont l'effet est d'entamer le mur et d'y opérer des enfoncements, I, 462-465. Applications diverses du principe, I, 465, 466. *Quid*, pour les vues ou autres ouvertures, I, 466-469. Des dispositions de l'art. 662, leur raison d'être, I, 470.

Sont-elles applicables à l'espèce des travaux prévus par les articles 657, 658 et 659, I, 470-473. Mode d'exécution de l'art. 662, I, 473. Du consentement amiable, I, 473. A défaut de consentement, y a-t-il lieu à une expertise, I, 473, 474. Les dispositions de celles de nos anciennes coutumes qui rendaient les maçons responsables des travaux par eux illégalement exécutés contre un mur mitoyen, sont-elles encore en vigueur, I, 474. Voy. *Clôture forcée*, *Murs*, *Abandon*, *Prescription*.

N

NON-USAGE. Le mode de la servitude ne peut-il pas être changé par le non-usage, II, 540, 541. Que faut-il entendre par mode de la servitude, II, 542. Comment cette prescription s'acquiert-elle, II, 542. Du cas où l'on n'a pas usé du tout de la servitude, II, 542-544. Du cas où l'usage de la servitude est restreint sous le rapport de l'utilité ou de l'émolument de la servitude, II, 545, 546. Distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, II, 546-551. Faits à prendre en considération par le juge, II, 551, 552. Du cas où l'exercice de la servitude a changé l'assignation de la servitude, II, 552-556. Distinction à cet égard, II, 554-556. Dans quel cas l'assignation du lieu et du temps de l'exercice de la servitude devra-t-elle être considérée comme limitative ou bien comme démonstrative, II, 556-560. Du cas où il s'agit de servitudes continues et apparentes, II, 560-562.

NON-USAGE D'UNE SERVITUDE. Est un mode d'extinction des servitudes, II, 498, 499. Quelles servitudes en sont susceptibles, II, 499. *Quid*, des servitudes dont l'usage n'a pas commencé, II, 499-501. *Quid*, si, ayant un droit de servitude indéterminé sur un fonds, on ne l'a exercé qu'en partie, II, 501-503. Pour qu'il n'y ait pas extinction de la servitude par le non-usage, par qui doit-elle être exercée, II, 503, 504. De l'usage qu'en fait l'un des copropriétaires du fonds dominant, II, 504-507. *Quid*, si l'un des copropriétaires de l'héritage indivis est mineur, II, 507. La suspension de la prescription résultant de la minorité de l'un des copropriétaires, devrait-elle profiter au communiste majeur dans le lot duquel l'immeuble serait tombé, II, 507-514. Ce qui arrive après le partage, II, 514.

Par combien de temps de non-usage s'éteint une servitude, II, 515, 516. N'est-il pas des cas où le délai pourrait être moindre que trente ans, II, 516-525. Quel est le point de départ de la prescription, II, 525. Du cas où il s'agit de servitudes continues, II, 525, 526. Faut-il nécessairement que l'acte contraire à l'exercice de la servitude ait été fait par le propriétaire du fonds servant, II, 526-529. Du cas où il s'agit de servitudes continues, qui ne s'exercent que par intervalles, II, 529, 530. Quel sera le point de départ de la prescription pour les servitudes discontinues, II, 530. *Quid*, s'il subsiste des vestiges des ouvrages établis pour l'exercice de la servitude, II, 531, 532. *Quid*, s'il s'agit de servitudes dont l'usage est soumis à des intermittences forcées, II, 532-535. A qui incombe la preuve du non-usage, II, 536-538. La preuve testimoniale est-elle admissible dans ce cas, II, 538. Un seul fait d'usage pendant trente

ans suffirait-il, II, 538. Du caractère que doivent avoir les faits de jouissance, II, 538, 539.

P

PACAGE. En quoi consiste cette servitude, II, 429, 430. Comment s'exercent les droits qui en résultent, II, 430. Le propriétaire d'un fonds assujetti au pacage peut-il se soustraire à l'exercice de cette servitude par la clôture, II, 430.

PASSAGE (Servitude légale de). Dans quel intérêt la servitude de passage a-t-elle été établie, II, 80, 81. Par qui le droit de passage peut-il être réclamé, II, 82. *Quid*, par l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, II, 82. Par le fermier ou le locataire, II, 83. Dans quels cas peut-elle être établie, II, 83. De l'origine et de la cause de l'enclave, II, 83. *Quid*, s'il est établi que l'enclave est le résultat de la division d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique, II, 83-85. Serait-il, dans ce cas, dû une indemnité, II, 85-87. *Quid*, si un propriétaire s'était enclavé lui-même, II, 87. A quelle condition l'enclave donne-t-elle droit à la servitude de passage, II, 87, 88. Faut-il, pour pour qu'il y aît enclave, qu'il y aît impossibilité complète d'accéder à la voie publique, II, 88, 89. Du droit d'appréciation qui appartient aux magistrats dans ce cas, II, 90. Pour quelle exploitation le passage doit-il être accordé; II, 90-94. *Quid*, s'il s'agit d'accéder à une fontaine communale, II, 94. Comment le fait d'enclave doit-il être établi, II, 94. La faculté de réclamer un passage pour cause d'enclave est-elle prescriptible, II, 94. Comment se détermine l'assiette du passage, II, 96, 97. Sur lequel des fonds circonvoisins le passage doit-il s'exercer, II, 97. Le principe de l'article 684 est-il applicable à cette hypothèse, II, 97, 98. Par quel endroit du fonds assujetti le passage doit-il être exercé, II, 99-101. L'exercice trentenaire du passage peut-il avoir pour effet de déterminer; soit celui du fonds sur lequel il doit être exercé, soit l'assiette du passage sur le fonds assujetti, II, 101, 102. *Quid*, s'il s'agit d'immeubles dotaux ou de forêts domaniales, II, 103-106. Quel est l'effet et l'étendue de la possession trentenaire relativement à l'exercice du droit de passage, II, 106, 107. Sous quelle condition le droit de passage est-il accordé, II, 107, 108. Quelle est l'indemnité à payer par le propriétaire enclavé, II, 108, 109. En cas de désaccord des parties, comment l'indemnité doit-elle être réglée, II, 109. Aux frais de qui l'expertise, II, 109, 110. A quel moment l'indemnité doit-elle être payée, II, 110. Peut-elle être fixée à une somme annuelle, II, 110. Dans quels cas et sous quelles conditions l'action en indemnité est-elle prescriptible, II, 111. Quel est le point de départ de la prescription, II, 111. *Quid*, s'il n'y a pas eu de convention réglant soit l'indemnité, soit la direction du passage, II, 111-116. Quels caracteres la possession tendant à la libération de l'indemnité, doit-elle réunir, II, 116-117.

Quels sont les effets du droit de passage relativement au propriétaire du fonds servant, II, 118, 119. Quelle est la nature du droit qui lui reste, II, 119. Peut-il se servir du chemin, II, 119. Peut-il clore son héritage, II, 119-120. Quels sont les droits du propriétaire du fonds dominant, II, 120, 121. Comment peut s'éteindre la servitude de passage, II, 122. Cette servitude serait-elle éteinte par le non-usage pendant trente ans, si le fait de l'enclave n'avait pas cessé d'exister, II, 122. Cesserait-elle d'exister dans le cas où l'enclave viendrait à cesser, II, 122, 123.

PATURAGE. Voy. *Pacage*.

PÊCHE. A qui appartient-elle sur les rivières navigables et flottables, I, 147. Sur les eaux courantes, I, 194, 195. Le droit de pêche peut-il être détaché de la propriété des fonds riverains soit par titre, soit par prescription, et appartenir à un propriétaire non riverain, I, 215-227. Mais ne peut il pas l'être au moins par un riverain au préjudice des autres riverains, I, 213, 214. A quelles conditions la prescription peut-elle s'accomplir dans ce cas, I, 214, 215.

PRESCRIPTION. Est un mode d'acquisition des servitudes, II, 249. Historique, II, 249-251. Difficultés de cette matière, II, 251, 252. Dispositions du Code sur ce sujet, II, 252-254. La prescription ne s'applique qu'aux servitudes continues et apparentes, II, 252-254. Y a-t-il une servitude de cette espèce dans les dépôts de bois ou de fumiers sur le terrain d'autrui, II, 254, 255. Quelles conditions la possession nécessaire pour acquérir une servitude doit-elle avoir, II, 255. Les règles sur l'interruption ou la suspen-

sion de la prescription ordinaires sont-elles applicables ici, II, 255, 256. *Quid*, si après un partage entre majeurs et mineurs, la portion sur laquelle la servitude s'exerçait est échue à un majeur, II, 256, 257. En quel sens exige-t-on que la servitude soit apparente, II, 257, 258. Les travaux doivent-ils être exécutés sur le fonds dominant, II, 258. La possession ne doit pas être précaire et à titre de tolérance, II, 259. Ce qui caractérise les actes de simple tolérance, II, 259, 260. *Quid*, si celui qui exerce une servitude continue et apparente avait reconnu par écrit le caractère de précarité de sa possession, II, 260. Cette reconnaissance serait-elle opposable à ses héritiers ou ayants cause universels, II, 260-264. *Quid*, des ayants cause à titre singulier, II, 264, 265. Pour être opposable à ces derniers, l'acte doit-il avoir acquis date certaine, II, 265, 266. La possession doit être continuée dans le même état, II, 266-268. La prescription ne peut-elle s'acquérir que par 30 ans, II, 268-273. *Quid*, si le titre émane d'un propriétaire putatif, II, 273, 274. Le mode et l'étendue des servitudes peuvent-ils être modifiés par la prescription, II, 274. *Quid*, si la servitude continue et apparente avait été établie par titre, II, 274-276. Des caractères de la possession en pareil cas, II, 276. Ce mode d'acquisition s'applique-t-il aux servitudes apparentes et discontinues, ou non apparentes et continues, II, 277-280. N'y a-t-il pas des cas où la prescription de pareilles servitudes est possible, II, 280. *Quid*, si le maître de la servitude l'a acquise de bonne foi, *a non domino*, II, 280-284. *Quid*, si le maître de la servitude l'a exercée pendant 30 ans, à partir de la contradiction opposée par lui au propriétaire, II, 284-286. *Quid*, si la possession s'appuie sur une contradiction opposée au propriétaire en vertu d'un titre coloré, II, 286-289. Pourrait-on par prescription arriver à la modification des servitudes discontinues établies par titre, II, 289, 290. Pourrait-on par prescription déterminer l'endroit par lequel la servitude devrait s'exercer, II, 290, 291. *Quid*, si le titre fixe cet endroit, II, 291-293. La possession de ces servitudes peut-elle servir à les conserver ou à les empêcher de s'éteindre par le non-usage, II, 293. A les faire renaître après qu'elles auraient été ainsi perdues, II, 293, 294. Les habitants d'une commune peuvent-ils acquérir par prescription un droit de passage sur l'héritage d'un particulier, II, 295, 296. *Quid*, de la possession immémoriale, II, 296, 297. Des servitudes acquises sous l'ancienne jurisprudence, II, 297. Comment devrait-on prouver la possession immémoriale, II, 297-299. Pourrait-on demander un titre récognitif pour les servitudes antérieures, II, 299, 300.

PRESSURAGE. En quoi consiste cette servitude, II, 430. Quels sont les droits qui en résultent, II, 431, 432.

PROPRIÉTÉ. Du droit qui appartient à tout propriétaire, II, 130. Existe-t-il d'autres restrictions à l'exercice de ce droit que celles apportées par le Code sous le nom de servitudes légales, II, 130. *Quid*, si l'entreprise faite par un propriétaire n'avait pour résultat que de priver le voisin des avantages dont il avait joui jusqu'alors, II, 131, 132. *Quid*, si le propriétaire, en faisant chez lui cette entreprise, n'avait d'autre but que de nuire à son voisin, II, 132-135. Voy. *Établissements dangereux, incommodes ou insalubres.*

PUISAGE. En quoi consiste la servitude de puisage, *aquæ haustus*, II, 427, 428.

PUITS. Précautions à prendre pour la perforation d'un puits, I, 572. Voy. *Indivision, Communauté.*

R

RACINES. Peut-on laisser les racines des arbres s'avancer dans le fonds de son voisin, I, 553. Quel est le droit du propriétaire du fonds sur lequel les racines s'avancent, I, 553, 554. Le Code tient-il compte des anciens usages et règlements en cette matière, I, 554-556. Le droit pour le voisin de couper les racines s'avançant sur son fonds, est-il imprescriptible, I, 563. Le propriétaire voisin a-t-il droit à des dommages-intérêts à raison des racines qui avancent sur son fonds, I, 563, 564. Voy. *Arbres, Branches d'arbres.*

REMISE. Est un mode d'extinction des servitudes, II, 563. Par qui peut-elle être consentie, II, 563, 564. *Quid*, si l'héritage dominant ou servant appartient par indivis à plusieurs, II, 563-565. Comment la remise peut-elle avoir lieu, II, 565. Dans quel cas y a-t-il une remise tacite, II, 565, 567. De la remise expresse, II, 565, 566. Peut-elle s'induire de certains faits ou d'absence de protestation, II, 567-569. Des effets de la remise, II, 569-571.

RÉSOLUTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ. Est un mode d'extinction des servitudes, II, 571, 572. Dans quels cas opère-t-il, II, 572-574. Est étranger aux cas où la servitude a été acquise par prescription, II, 574-576.

REZ-DE-CHAUSSÉE. Voy. *Étages, Maisons.*

RIVIÈRES. Voy. *Eaux courantes, Eaux vives.*

RUES. Voy. *Servitudes.*

S

SEL (Magasin de). Ce que doit faire celui qui veut en établir un contre un mur mitoyen ou non, I, 573, 574.

SENTE. Voy. *Chemin, Passage, Servitudes.*

SERVITUDES. Définition, I, 3. Ce qui distingue les servitudes des droits d'usufruit et d'usage, I, 3. En quel sens la loi a-t-elle dit que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur un autre, I, 4-6. D'où dérivent les servitudes, I, 6, 7. Suivant quelles catégories la loi a-t-elle classé les servitudes, I, 7, 8. Y a-t-il quelque différence entre les servitudes dérivant de la situation des lieux et les servitudes établies par la loi, I, 8-11. Existe-t-il quelque différence entre les servitudes naturelles et légales et les servitudes conventionnelles, I, 11-17. Motifs de la classification adoptée par le législateur, I, 17-19.

SERVITUDES APPARENTES OU NON APPARENTES. Définition de cette espèce de servitudes, II, 213. En quoi consiste l'apparence, II, 213, 214. Quels caractères l'apparence doit-elle avoir, II, 214, 215. Faut-il que l'ouvrage soit établi sur le fonds dominant ou sur le fonds servant, II, 215. Distinction entre l'apparence et la continuité, II, 215-217.

SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME. Droit qui appartient à tout propriétaire d'en créer sur son fonds, II, 161, 162. N'y a-t-il pas d'exception à ce principe, et quelles sont-elles, II, 161. Qu'est-ce qu'une servitude, II, 165, 166. Peut-elle être louée ou cédée sans le fonds, II, 166. Est-elle susceptible d'être hypothéquée, II, 166, 167. Peut-elle être l'objet d'un usufruit ou d'une servitude, II, 167. Elle est transmissible, II, 167. En quoi le droit de servitude se distingue du droit de créance, II, 167, 168. Du droit de propriété, II, 168, 169. Comment distinguer s'il s'agit d'un droit de servitude ou d'un droit de propriété, II, 169-172. En quel sens faut-il entendre ce principe qu'une servitude ne peut être rétablie sur un héritage que pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage, II, 172-174. Comment concilier avec l'art. 686 les art. 698 et 699, II, 175-177. Comment distinguer si telle servitude est établie en faveur du fonds ou de la personne, II, 177. La concession doit avoir lieu au profit du propriétaire, II, 177, 178. Doit-on considérer comme servitude réelle un droit concédé sur un fonds ayant pour but de satisfaire aux besoins de la famille et du ménage du propriétaire d'un autre fonds, II, 180, 181. *Quid*, si le droit établi à la charge d'un fonds a pour objet l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, II, 181, 182. *Quid* enfin, si le droit établi sur un fonds a pour objet l'agrément individuel de la personne du propriétaire du fonds voisin, II, 182, 183. Pourrait-on constituer à titre de servitude en faveur d'un fonds le droit de chasse ou de pêche dans le bois ou dans les eaux d'un fonds voisin, II, 183-186. Ou le droit de se promener dans le parc du voisin, II, 185, 186.

En quel sens faut-il entendre ce mot *utilité* de l'art. 637, II, 188, 189. Comment s'apprécie l'étendue d'une servitude, II, 189, 190. Les immeubles affectés à un usage public ou communal peuvent-ils être affectés d'une servitude réelle, II, 191-193. En cas de suppression des servitudes ouvertes sur une voie publique, les propriétaires riverains ont-ils droit à une indemnité, II, 193-198. Quelle est l'autorité compétente pour en connaître, II, 198, 199. La servitude est-elle indivisible, II, 190-200. De la perpétuité de la cause de la servitude, II, 200, 201.

Comment s'établissent les servitudes, II, 220, 221. De l'établissement par titre, II, 221. En quel sens faut-il entendre ce mot *titre*, II, 221-223. Est-il nécessaire que la servitude soit décrite et détaillée dans l'acte, II, 223-225. De l'obligation de transcrire les actes constitutifs de la servitude, II, 225, 226. S'applique-t-elle aussi bien aux servitudes continues et apparentes qu'aux autres, II, 226.

Par qui la servitude peut-elle être imposée, II, 227, 228. *Quid*, par l'usufruitier, l'emphytéote, II, 228, 229. *Quid*, par un grevé de substitution, II, 229.

Par un copropriétaire indivis, II, 229-231. *Quid*, par celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit résoluble, II, 231. L'existence d'hypothèques s'oppose-t-elle à la constitution d'une servitude, II, 233, 234. Quels sont, en ce cas, les droits des créanciers hypothécaires, II, 234, 235.

Par qui la servitude peut-elle être acquise, II, 243, 244. *Quid*, d'une servitude stipulée par celui qui n'avait sur l'immeuble qu'un droit temporaire, II, 244, 245. De la servitude acquise par le simple possesseur, soit de bonne, soit de mauvaise foi, II, 245. De celles acquises par l'un des copropriétaires, II, 245, 146. Des personnes incapables de contracter, II, 246.

Comment s'exercent les servitudes, II, 335, 336. Quels sont les droits du fonds dominant, II, 338, 339. La création d'une servitude principale peut-elle amener la création de certaines servitudes accessoires; lesquelles, à quelles conditions, II, 339, 340. Du droit qui appartient au propriétaire du fonds dominant de faire les travaux nécessaires à l'exercice de son droit, II, 340-342. De quelle manière les travaux doivent-ils être exécutés, II, 342-344. Aux frais de qui, II, 342, 343. *Quid*, si l'exécution de ces travaux a causé un préjudice au fonds servant, II, 343, 344. Le propriétaire du fonds dominant peut-il être contraint à l'exécution de ces travaux, II, 344, 345. Avant le commencement des travaux, un état de lieu doit-il être dressé, II, 347. A qui appartient-il de déterminer le lieu de l'exercice de la servitude, II, 347, 348. Ce lieu peut-il, après son établissement, être modifié, II, 348-350. Le propriétaire du fonds dominant pourrait-il demander ce changement, II, 350, 351. De l'étendue de la servitude, II, 351-354. Comment s'apprécient les besoins du fonds dominant, II, 354-357. Règles d'appréciation à cet égard, II, 357, 358. De la prohibition d'aggraver pour le fonds dominant, II, 358. Des changements ou additions que peut subir le fonds dominant, II, 358-360. Des changements qui peuvent s'opérer dans la personne des propriétaires de ce fonds, II, 360. Du cas où le fonds dominant est indivis entre plusieurs; quels sont les droits des communistes, II, 360-368. *Quid*, si le fonds dominant se trouve divisé par l'effet d'un partage ou d'aliénations partielles, II, 368-371. Quel est le sens de cette règle *que la servitude reste due pour chaque portion*, II, 371-372. Règles d'interprétation sur ce sujet, II, 372-375.

Quels sont les droits et les obligations du fonds servant, II, 377, 378. Dans quels cas le propriétaire de ce fonds peut-il être tenu aux travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, II, 378. Cette obligation résulte-t-elle de plein droit de la servitude *oneris ferendi*, II, 378, 379. Cette obligation a-t-elle besoin d'être stipulée expressément, II, 379, 380. Peut-elle être établie postérieurement à l'acte constitutif de la servitude, II, 380. Cette obligation constitue-t-elle une obligation réelle transmissible à tous les détenteurs, II, 381-383. Le propriétaire du fonds servant peut-il s'y soustraire par un abandon, II, 383. En quoi consiste cet abandon, II, 383, 387. Peut-il avoir lieu pour l'avenir ou bien également pour le passé, II, 387. A-t-il besoin d'être accepté, II, 387, 388. Doit-il être transcrit, II, 388. Est-il opposable aux tiers ayant des droits réels sur le fonds assujetti, II, 388.

Quels sont les droits du propriétaire du fonds servant, II, 389. A-t-il le droit de se servir du fonds assujetti, II, 389. Peut-il renoncer à s'en servir, II, 390. Cette renonciation peut-elle être tacite, II, 390. A-t-il le droit de faire certains travaux sur son fonds, II, 391, 392. Peut-il diminuer ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude, II, 392-394. *Quid*, s'il y a eu préjudice éprouvé par suite de l'exécution de ses travaux, II, 394. L'obligation de réparer ce préjudice est-elle personnelle ou réelle, II, 394-398.

Le propriétaire du fonds servant peut-il modifier le mode et les conditions d'exercice de la servitude, II, 398. A quelles conditions a-t-il cette faculté, II, 398, c99. A quel moment l'état du fonds dominant doit-il être considéré, II, 399-400. Sur quels fonds la transmission de la servitude doit-elle s'opérer, II, 400. Le changement d'assignation du lieu d'exercice de la servitude peut-il résulter de la prescription, II, 400. En cas de désaccord entre les deux propriétaires, quelle est l'autorité compétente pour statuer, II, 401, 402. Aux frais de qui le jugement doit-il être rendu, II, 402, 403. La faculté de l'article 701 est-elle prescriptible, II, 403. Le propriétaire du fonds servant pourrait-il y renoncer, II, 403, 404. Du cas où le fonds servant vient à être divisé, II, 404-409.

Comment s'éteignent les servitudes. De l'abus de jouissance, II, 581, 582. Du changement des lieux, II, 461-488. De

la confusion, II, 488-496. Expropriation pour cause d'utilité publique, II, 579-580. Du non-usage, II, 496-562. De la remise, II, 562-571. De la résolution, II, 571-576. Voy. *ces différents mots.*

SERVITUDES CONTINUES OU DISCONTINUES. Définition de cette espèce de servitude, II, 205, 206. Son origine, II, 205, 206. L'usage doit-il en être continuel, II, 207, 208. Faut-il considérer comme continue une conduite d'eau qui ne s'exercerait que par intervalles et à la condition de lever une vanne ou une écluse, II, 208, 209. *Quid*, des prises d'eau à fin d'arrosage, II, 209. *Quid*, de la servitude d'évier ou d'égout aux eaux ménagères-II, 210, 213.

SERVITUDES POSITIVES OU NÉGATIVES. Définition de cette espèce de servitude, II, 217, 218.

SERVITUDES RURALES OU URBAINES. Définition de cette espèce de servitude, II, 203. Son historique et son importance, II, 203-205.

SERVITUDE DE JOURS. Combien existe-t-il d'espèces de servitudes de jours, II, 56. De la servitude *jus luminum*, II, 56. De la servitude *ne luminibus officiatur*, II, 57. De la servitude de *prospect*, II, 57. Comment elle s'acquiert, II, 56. Par titre, II, 56, 57. Quelle est l'étendue de la servitude ainsi constituée, II, 57, 58. *Quid*, si elle résulte de la destination du père de famille, II, 59. Quelle est l'étendue du droit de servitude résultant de la prescription, II, 59. Le propriétaire du fonds dominant peut-il s'opposer à ce que son voisin vienne obstruer les vues ainsi acquises, par des constructions ou par l'acquisition de la mitoyenneté du mur, II, 60-67.

SERVITUDES LÉGALES. Objet des servitudes légales, I, 320, 321. Caractère des servitudes légales qui ont pour objet l'utilité publique, I, 321, 322. Qu'est-ce que le marchepied et le chemin de halage, I, 322, 323. Constituent-ils des servitudes, I, 323, 324. De la servitude légale établie pour l'utilité publique et qui a pour objet la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics et communaux, I, 324, 325. L'article 650 est-il énonciatif ou limitatif, I, 325, 326. Les servitudes légales établies pour l'utilité publique donnent-elles lieu, en principe, à une indemnité, lorsqu'aucun texte n'en attribue, I, 326-328. Voy. *Eaux*, *Eboulements*, *Drainage*, *Irrigation*, *Passage*, *Vues*, *Clôture*, *Mitoyenneté*.

SERVITUDES DÉRIVANT DE LA SITUATION DES LIEUX. Voy. *Eaux*, *Eaux courantes*, *Eaux pluviales*, *Bornage*.

SOURCES. Voy. *Eaux vives*.

T

TERME. Les servitudes peuvent être établies à terme, II, 576, 577. Ce qui arrive à l'expiration du terme, II, 577.

TERRASSE. Voy. *Vue*.

TITRE RÉCOGNITIF. Est-ce un moyen de prouver l'existence des servitudes, II, 236. Dans quels cas le propriétaire du fonds dominant peut-il exiger un titre récognitif du propriétaire du servant, II, 236, 237. Le titre récognitif dispense-t-il de la représentation du titre primordial, II, 237, 238. Est-il nécessaire que le maître de la servitude ait été partie dans l'acte de reconnaissance, II, 238.

TOUR D'ÉCHELLE. La servitude connue sous ce nom dans l'ancien droit existe-t-elle encore aujourd'hui, I, 476-479. Voy. *Mur* (non mitoyen).

TRANSCRIPTION. Les actes constitutifs de servitude sont-ils assujettis à cette formalité, II, 225, 226. La transcription est-elle obligatoire aussi bien pour les servitudes continues et apparentes que pour les autres, II, 226.

V

VAINE PATURE (droits de). Voy. *Clôture*.

VUE. C'est une servitude dérivant de la nature des lieux, I, 65. Le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas l'aggraver, I, 65, 66. Spécialement en établissant une balustrade, I, 65. Le propriétaire inférieur est-il tenu de ne rien faire qui puisse l'empêcher ou la diminuer, I, 66, 67.

VUES. Ce qu'on entend par vues, II, 4, 5. Distinction entre les jours et les vues, II, 5. 6. Quelles espèces d'ouvertures le propriétaire du mur a-t-il le droit de pratiquer dans un mur placé à une distance moindre que la distance légale, II, 18-20. Distinction entre les vues droites et les vues obliques, II, 20, 21. Qu'est-ce qu'une vue droite, 20. II. Qu'est-ce qu'une vue oblique, II, 21. Quel est le caractère d'une vue qui s'exerce sur le fonds

d'un voisin, du côté d'un balcon ou d'une saillie sur lesquels existe une fenêtre formant une vue oblique, II, 21-23. Doit-on considérer comme vue oblique, dans le cas où les fonds sont placés sur le même alignement, la vue que l'un des propriétaires pourrait exercer sur le fonds de l'autre, au moyen d'un balcon ou d'une saillie quelconque, II, 23, 24. *Quid*, si le mur dans lequel on veut pratiquer des fenêtres, forme un angle aigu avec la ligne de séparation des deux héritages, II, 24. *Quid*, s'il forme un angle obtus, II, 24. Les art. 678 et 679 sont-ils applicables aux portes ou ouvertures d'accès, II, 25-29.

De quelle manière se mesure cette distance, soit pour les vues droites, soit pour les vues obliques, II, 29, 30. *Quid*, s'il existe des balcons ou autres saillies semblables, II, 30, 31. Comment se détermine la ligne séparative des deux héritages, II, 31. *Quid*, s'il y a une clôture mitoyenne ou non, II, 32. *Quid*, si lors de l'établissement des vues, le mur devenu depuis mitoyen ne l'était pas encore, II, 32-34.

Dans quels cas les art. 678 et 679 sont-ils applicables, II, 35. Dans les champs, le propriétaire d'un parc, d'un jardin ou d'un enclos quelconque, peut-il établir dans le mur séparatif du fonds voisin, des vues droites à une distance moins grande que la distance légale, II, 35-39. Les vues dont le Code s'occupe ne sont-elles que celles qui éclairent des appartements, II, 39, 40. Les art. 677 et 678 sont-ils applicables entre deux fonds séparés par un espace intermédiaire, II, 40. *Quid*, si l'espace intermédiaire appartient à un tiers, II, 40. *Quid*, si cet espace est un terrain commun aux deux propriétaires de chaque côté, II, 40-42. Peut-on avoir des jours sur un terrain communal, 42. *Quid*, si cet espace intermédiaire est une voie publique, II, 43-44. Le propriétaire voisin d'une voie publique peut-il se procurer sur le fonds du voisin, au moyen de balcons ou autres avancements établis en saillie sur la voie publique, une vue droite ou oblique, II, 44-49. *Quid*, si entre les vues droites ou obliques, et l'héritage voisin, il existe un mur dépassant la hauteur où ces vues sont ouvertes, II, 49. Que décider, si ce mur appartient exclusivement au propriétaire voisin de celui qui a pratiqué les vues droites, II, 49-51. *Quid*, si les vues ne donnent que sur le toit d'un bâtiment voisin, II, 51, 52. *Quid*, si les vues, étant pratiquées dans le toit lui-même, ne regardent que le ciel, II, 52. De la nature et de la forme des différents ouvrages à l'aide desquels la vue peut s'exercer, II, 52. Que doit-on comprendre sous la dénomination de *mur*, II, 52. Sous celle de balcons ou autres semblables saillies, II, 52-54. Une terrasse constitue-t-elle une vue, II, 54. Toute espèce d'exhaussement constitue-t-il une vue II, 54, 55.

Quel est le droit du propriétaire vis-à-vis duquel il existe des vues à une distance illégale, II, 56. Peut-il renoncer au droit d'en exiger la suppression, II, 55. D'où peut résulter la servitude de vue, II, 56. Du cas où elle résulte d'un titre, II, 56-56. De la destination du père de famille, II, 59. De la prescription, II, 59-68. Voy. *Servitude de jour*.

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE.

BIBLIOTHECA

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

a39003 008508615b

22

DATE DUE